Ministère de l’Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

Université M’Hamed BOUGARA BOUMERDES

Faculté de Droit



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جــامــعة أمحمد بوقرة بومــرداس

كــليــة الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه

تخصص: عقود ومسؤولية

تحت عنوان :

طبيعة عقد الإيجار التمويلي وحدوده القانونية
دراسة مقارنة

إعــداد الطــالب:
عيســى بخيت

إشراف الدكتور:
الجيلالي عجـــة

لجنـة المناقشة

د. كمـال حـدوم	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة بومرداس	رئيسا
د. الجيلالي عجـة	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة الشلف	مقررا
د. زهية حورية سي يوسف	أستاذة محاضرة قسم أ	جامعة تيزي وزو	ممتحنـا

السنة الجامعية: 2011/2010

قال تعالى:

﴿وما أوتيتم من العلم إلا قليلا... ﴾

سورة الإسراء : الآية 85

الإهداء

إلى من دفعني إلى العلم والعطاء ...

إلى من أضاء دربي بالدعـــــاء ...

إبي الغالي، أمي الحنونة

أطال الله في عمرهـــما

إلى من أشــــــــد بهم أزري ...

إخوتـــــــــــــــي

إلى كل مرابط لإحقاق الحق ...

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

عيسى بـــخيت

التشكرات

بعد حمد الله وشكره على توفيقه لنا في إنجاز هذا البحث، أتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف الدكتور عجة الجيلالي في إنجاز هذا البحث من خلال توجيهاته ونصائحه وإرشاداته القيمة، والشكر موصول لأعضاء حي التدريس، الأستاذ الدكتور أعراب بلقاسم عميد كلية الحقوق والدكتور حدوم كمال، والدكتورة سي يوسف زهية حورية، والأستاذة تبوب فاطمة الزهراء، والدكتورة نادية فوضيل، والدكتور كتو محمد الشريف، والدكتور جبالي واعمر، كما أزف تحية خالصة لزملائي طلبة الماجستير خاصة تخصص المسؤولية والعقود، كما لا يفوتني أن اشكر مسؤولي مكتبة الحقوق بالشلف، بومرداس، البليدة، وهران، تلمسان، سيدي بلعباس، ومسؤول بنك البركة بوكالة بئر خادم على التسهيلات التي قدموها لنا في الاطلاع على الرصيد الوثائقي والمراجع.

إلى كل من ساهم في انجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد ...

الباحث

Résumé

Plusieurs contrats et conventions ont survenu sur la vie commerciale, et ce afin d'accompagner le développement technologique rapide qui a caractérisé ces temps, qui sont difficile de les inclure parmi le nombre des contrats organisés par le législateur civile. Le début de ces contrats était dans les payes dominés par le régime capitaliste, car ce dernier se caractérise par la liberté des individus dans l'organisation de leurs contrats en basant sur le Principe de l'autonomie de la volonté et que le contrat fait la loi des parties, pour cela, ces contrats ont étaient donné des appellations anglo-américaines selon leurs origines. Compte tenu de ce que nécessitent la réalité professionnelle et l'environnement commercial en matière de développement, il était nécessaire de trouver des nouveaux concepts juridiques pour ces contrats, afin que l'application des anciennes règles ne soit pas un obstacle devant les pratiquants du commerce.

Le crédit-bail est considéré parmi les nouveaux contrats qui ont eu lieu dans le monde du commerce au cours des dernières années. Ce crédit-bail a été utilisé depuis 1930 aux États-Unis d'Amérique dans le domaine de l'immobilier et en 1950 dans le domaine des biens meubles, alors que le crédit-bail n'était connu en Europe dans la pratique qu'à la fin des années cinquante, au lendemain de 1960, il commença à se répandre dans de nombreux autres pays.

L'organisation du contrat de crédit-bail n'était restée enfermé dans la législation interne des états, mais ce contrat a été organisé au niveau international dans la convention d'Ottawa signée le 28/04/1988 et concernée par le crédit-bail du meuble.

A l'instar des législateurs du reste des pays du monde entier, Le législateur algérien a organisé ce contrat au terme de l'ordonnance 96-09 concernant le crédit-bail, et il à publié deux décrets exécutifs, le premier concernant le décret exécutif numéro 06-90 fixant les modalités de publicité des opérations du crédit-bail pour les biens meubles et le décret numéro 06-91 fixant les modalités de publicité des opérations du crédit-bail pour les biens immobilières.

Ce contrat suscite beaucoup de problématiques, quelques unes sont concerné par la difficulté de définir sa nature juridique à cause de la diversité de ses formes dans les différentes législations, et qu'il est un contrat paru en raison de l'intégration de ses composants et les caractéristiques de la plupart des contrats, alors il ne peut pas être placé sous une des appellations des contrats connu et il était nécessaire de trouver une forme juridique à ce système juridique moderne conformément aux règlements et environnement qui y existent.

La définition exacte de la nature juridique n'est pas bénéfique seulement au niveau théorique, mais aussi du coté pratique afin de définir les droits et obligations réciproques entre les parties du contrats, et surtout déterminer le statut juridique des Parties envers les autres, de sorte que si le principe d'autonomie de la volonté dans le domaine contractuel, l'adaptation de l'opération contractuelle relatif au crédit-bail représente une introduction essential indispensable pour combler les lacunes éventuelles découlant de l'accord et qui est concerné par

l'interprétation de la volonté des parties en cas de souci et la détermination des règles juridique relatif à l'ordre public et en particulier la protection de la partie faible dans la relation contractuelle.

Sur cette base, le problème qui doit être abordé par la recherche est de déterminer la nature juridique du contrat de crédit-bail.

Pour aborder la problématique de recherche, je l'ai traité en un chapitre introductif dont j'ai parlé de la définition du crédit-bail et deux autres chapitres, le premier concernant le règlement juridique du crédit-bail, et le deuxième les effets du crédit-bail.

الملخص

لقد طرأت على الحياة التجارية العديد من العقود والاتفاقيات وذلك لمسايرة التقدم التكنولوجي المطرد الذي يتسم به هذا العصر، والتي يصعب إدراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع المدني، وكانت بداية هذه العقود في الدول التي يغلب عليها النظام الرأسمالي، لما يتسم به ها النظام من حرية الأفراد في تنظيم عقودهم اعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين ولذلك أطلق على هذه العقود أسماء أنجلو أمريكية بحسب منبت نشأتها، ونظرا لما يتطلبه الواقع العملي والبيئة التجارية من تطور كان لابد من البحث عن مفاهيم قانونية جديدة لهذه العقود، حتى لا يكون تطبيق القواعد التقليدية للعقود عقبة أمام المشتغلين بالتجارة .

ويعتبر عقد الإيجار التمويلي من العقود الجديدة التي طرأت على الساحة التجارية في الآونة الأخيرة، وقد أطلق على هذه العقود الليزنغ وترجم إلى الفرنسية باصطلاح Le credit-bail وقد استخدم هذا التأجير التمويلي منذ عام 1930 في الولايات المتحدة الأمريكية في المجال العقاري، وفي سنة 1950 في مجال المنقولات، في حين لم يعرف التأجير التمويلي من الناحية العملية في أوربا إلا في أواخر الخمسينيات، وفي أعقاب سنة 1960 بدأ ينتشر في العديد من الدول الأخرى.

هذا و لم يبق تنظيم عقد الإيجار التمويلي حبيس القوانين الداخلية للدول، بل تم تنظيم هذا العقد على المستوى الدولي في اتفاقية أوتاوا الموقعة في 1988/04/28 والخاصة بالتأجير التمويلي للمنقول.

والمشرع الجزائري على غرار مشرعي باقي دول العالم نظم هذا العقد بموجب الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، وأصدر مرسومين تنفيذين يتعلق الأول بالمرسوم التنفيذي رقم 06-90 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، والمرسوم رقم 06-91 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة .

ويثير هذا العقد إشكالات قانونية كثيرة يتعلق بعضها بصعوبة تحديد طبيعته القانونية نتيجة تعدد صوره في مختلف التشريعات، ولأنه عقد حديث ظهر نتيجة اندماج عناصره وخصائص العديد من العقود، ومن ثمة لا يمكن وضعه تحت إحدى مسميات العقود المعروفة فكان لابد من تأصيل هذا النظام القانوني الحديث بما يتفق مع الأنظمة والبيئة القانونية الموجود فيها .؛

إن التحديد الدقيق للطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي لا يفيد فقط على المستوى النظري، ولكنه يفيد من الناحية العملية من أجل تحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد، وخاصة تحديد المركز القانوني للأطراف اتجاه الغير، ذلك أنه إذا كان المبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدي، فإن تكيف العملية التعاقدية الخاصة بالتأجير التمويلي يمثل مقدة ضرورية لا غنى عنها من أجل سد الثغرات المحتملة الناشئة عن الإتفاق والتي تتعلق بتفسير إرادة الأطراف في حالة الشك وتحديد القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام وخاصة حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

وعلى هذا الأساس فإن المشكلة التي يجب أن يتناولها البحث تتلخص في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي ؟

وللإطاحة بإشكالية البحث فعالجتها في فصل تمهيدي تناولت فيه ماهية عقد الإيجار التمويلي وفصلين تناولت في الفصل الأول النظام القانوني لعقد الإيجار التمويلي وتطرقت في الفصل الثاني لآثار عقد الإيجار التمويلي

قائمة أهم المختصرات

أولاً- باللغة العربية:

ت.م.ج: تقنين مدني جزائري

ت. ت.ج: تقنين تجاري جزائري

ت.م.ف: تقنين مدني فرنسي

ت.م.م: تقنين مدني مصري

ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

د.ت: دون تاريخ نشر

د.د.ن: دون دار نشر

ثانيًا- باللغة الفرنسية:

B.U : Bibliothèque Universitaire
C.C.F : Code Civil Français
Cass : Cassation
Ch.C : Chambre Civile
J.C.P : Juris Classeur Périodique
L.G.D.J : librairie générale de droit et de jurisprudence
Op.cit : Ouvrage cité

المقدمة العامة

المقدمة

إنّ العقود الشّكلية التي سادت في ظل القانون الروماني والمراحل التّاريخية التي أعقبته، ساد في القرن الثامن عشر في ظل المذاهب الفردية مبدأ سلطان الإرادة، وقد برز هذا المذهب في مختلف مرافق الحياة، ومنها العقود الإقتصادية، فكانت العقود التجارية مرتعا خصبا له، حيث ساد الاعتقاد بأن انتعاش التجارة لا يكون إلا مع الحرية الكاملة وغير المحدودة للمتعاقدين في تنظيم تعاقدهم، وأن أي تدخل تشريعي في هذا المجال من شأنه أن يحد من نجاح التّجارة ويؤدي إلى ركودها، غير أن المغالاة في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود التجارية أدى إلى عدم المساواة بين المتعاقدين، ولا سيما حينما انفرد الطرف الأقوى اقتصاديا بوضع القواعد التي تحكم العقد وفرضها على الطّرف الآخر عن طريق عقود الإذعان، فانطلقت على إثر ذلك صيحات نددت بمساوئ مبدأ سلطان الإرادة، وبضرورة تدخل الدولة لتحقيق المساواة والعدالة بين المتعاقدين والتّضييق من نطاق حرية الأفراد في مجال العقود الخاصة، بعد الحرب العالمية الثانية، ومع ظهور الترعة الاشتراكية بدأ الفقه ينظر إلى بعين الرّيبة لمبدأ سلطان الإرادة، ويطالب المشرع بضرورة التدخل لتنظيم هذه العقود التجارية بما يحقق نوعا من التكافؤ بين أطراف العقد، وهكذا بدأ مبدأ سلطان الإرادة تضيق دائرته أمام التدخل التشريعي، ليس في مجالات الحياة الاجتماعية فحسب بل في مجالات الحياة الإقتصادية والاجتماعية، وذلك بوضع قواعد آمرة واجبة الإتباع في معظم جوانب تنظيم العقد.

غير أنّ المشرع بالرغم من تنظيمه لبعض العقود المدنية والتّجارية، رأى من المناسب، وخاصة في العقود التّجارية أن يترك مجالا واسعًا لإرادة الطّرفين في تنظيم علاقاتهما التّعاقدية، عن طريق قواعد مكملة أو مفسرة لإرادتيهما، فاقتصرت القواعد الآمرة في مجال العقود التّجارية على الجوانب المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي، وإذا كان باستطاعة المشرع أن يتتبع العقود التي تنتشر في الحياة المدنية فيضع لها التشريعات المناسبة، على اعتبار أن هذه العقود بطيئة في سيرها فيستطيع المشرع ملاحقتها، فإنه على العكس من ذلك لا يسعه ملاحقة العقود التجارية المتميزة بسرعة تطورها، وملائمتها مع التجاوب لإرادة المتعاقدين، لكن المشرع لم يتركها على إطلاقها، إنما اتخذ موقفا وسطا يجمع بين الحرية من جهة، وتنظيمها من جهة أخرى، محاولاً بذلك سدّ النّقص التّشريعي عن طريق ملاحقة العقود بعد استقرار أحكامها في الحياة التجارية.

لقد طرأت على الحياة التجارية العديد من الاتفاقيات والعقود وذلك لمسايرة التقدم التكنولوجي المطّرد الذي يتسم به هذا العصر وهذه العقود يصعب إدراجها ضمن العقود التي نظمها المشرع المدني، وكانت بداية هذه العقود في الدول التي يغلب عليها النّظام الرأسمالي، حيث المذهب الفردي الذي يمجد الأفراد ويطلق حريتهم في تنظيم العقود اعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1] ، لذلك أطلق على هذه العقود الجديدة تسمية أنجلو أمريكية حسب منبت نشأتها وظهورها، غير أن هذه العقود تحتاج إلى مفاهيم قانونية جديدة

[1] - راجع نص المادة 106 ق م ج.

لأن الإصرار على تطبيق القواعد التقليدية سيكون حائلا أمام المشتغلين بالتجارة وربما يؤدي ذلك إلى عجزهم عن اللحاق بما يستلزمه الواقع العملي والبيئة التجارية من تطور.

لقد كان تمويل المشروعات الصّناعية والتّجارية المجال الخصب لظهور هذه العقود التجارية، ويعتبر عقد الإيجار التمويلي من العقود الجديدة التي طرأت على السّاحة التّجارية في الآونة الأخيرة، وقد أطلق على هذا النوع من العقود اصطلاح Leasing وترجم إلى الاصطلاح القانوني الفرنسي Le crédit-bail وقد استخدم التأجير التمويلي منذ عام 1930 في الولايات المتحدة الأمريكية في المجال العقاري، وسنة 1950 في مجال المنقولات، ولم يعرف في أوربا إلا في أواخر الخمسينيات وفي أعقاب الستينيات في العديد من الدول خاصة المستعمرات الفرنسية في إفريقيا[1] .

حيث يعتبر توفير رأس المال اللازم للمشروعات على اختلاف أنواعها سواء كانت زراعية، صناعية، تجارية مهنية أو خدماتية لشّراء المعدات والآلات والأصول الرأسمالية اللازمة لها، سواء عند تأسيسها أو عند إحلال وتجديد أصولها القائمة من أكبر العقبات التي تواجه تلك المشروعات وتعجزها عن الأخذ بالأساليب التكنولوجية الحديثة، وذلك لاحتياجها الدائم إلى التمويل منذ بدايتها وطوال حياتها، بما يمكنها من مواجهة احتياجاتها التمويلية على نحو يمكن معه الصمود في ظل وجود تنافسية بين المشاريع في اقتصاد السوق الذي يقوم هذا الأخير على المنافسة والحرية الفردية.

ويقصد بالتمويل حاجة المشروعات إلى رأس المال اللازم لتزويدها بالمعدات والآلات والتكنولوجيا الحديثة سواء عند التأسيس أو أثناء حياتها الإنتاجية، وتنقسم مصادر التمويل إلى نوعين أساسين وهما:

- المصادر الداخلية Internes ومن خلالها يمكن للمشروع أن يلجأ إلى إصدار الأسهم، أو إلى الإحتياطات باستخدام الأرباح غير الموزعة وذلك لتوفير رأس المال اللازم له ولكن يعيب هذا المصدر أنه لا تستفيد منه المشروعات الصغيرة بصفة خاصة، إما لأن المشروع قد وظّف كل الأموال الموجودة لديه أو أن ظروف السّوق لا تسمح بطرح أسهم جديدة لزيادة رأسمال شركات الأسهم.

- المصادر الخارجية Externes أي التمويل من الغير وهنا يوفر المشروع احتياجاته المالية عن طريق الإقتراض من البنوك أو من الجمهور بواسطة إصدار سندات أو الشراء بالتقسيط، ويعيب هذا المصدر أن الإقراض من الغير يتوقف على تقديم ضمانات كافية للمقرض ودرجة المخاطرة، أما بالنسبة للشراء بالتقسيط فيتوقف على المركز المالي للبائع[2] ومدى رغبته في التخلص من مخزونه السلعي كما لو كان هناك ركود في البيع والشّراء فيلجأ للبيع بالتقسيط لتنشيط حركة البيع.

---

[1] – عبد الجابر السيد طه، النماذج الإقتصادية المعاصرة لتمويل التأجير، من منظور إسلامي، مجلة صالح كامل للإقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، السنة الثانية العدد الخامس 1998، ص45-90.

[2]– عماد الشربيني ، القانون التجاري الجديد ، الإلتزامات والعقود التجارية ، أبو المجد للطباعة بالهرم 1999، ص111

ونظرا للصعوبات التي تصاحب تدبير التمويل من خلال المصدرين السّابقين ظهرت الحاجة إلى البحث عن وسيلة أخرى للتمويل غير تلك الوسائل التّقليدية حيث تناسب المشروعات التي تعجز وسائل التمويل التقليدية عن توفير احتياجاتها المالية، وفي نفس الوقت تحمي المؤسّسة المالية من خطر إفلاس المشروع المستفيد وعدم استرداد التمويل الممنوح الذي منحته له، ولذا يعد التأجير التمويلي أفضل وسائل التمويل التي تحقق هذه المعادلة خاصة بعد تزايد دور القطاع الخاص في دفع عجلة التنمية الإقتصادية، وما يشهده العالم من ثورة حقيقية في التكنولوجيا والتقنية وهاته إحدى إفرازات العولمة في شقها الإيجابي، لذا ظهرت الحاجة الماسة لهذا العقد الذي يمكن عن طريقه أن يحصل المشروع إلى ما يحتاج إليه من تمويل دون أن يقتطع جزءا من رأسماله من ذمته المالية التي ربما يوظفها في أمور أخرى، أو أن يضطر إلى دفع ثمن تلك الأصول في الحال وإنما يلتزم بدفع القيمة الإيجارية التي يتفق عليها الطرفان، وفي نفس الوقت يحتفظ المؤجر بحقه باسترداد تلك الأصول المؤجرة عند امتناع المستأجر عن تنفيذ التزامه بدفع الأجرة في الميعاد المتفق عليه أو في حالة إفلاس المستأجر، حيث أن هذه المعدات والآلات لا تدخل في أموال التفليسة بل تظل مملوكة للمؤجر طوال مدة الإيجار.

هذا ولم يكن من المتصور في يوما من الأيام أن يكون الفكر الإغريقي هو المصدر لظهور فكرة التأجير التمويلي، وإن بني هذا القالب على سند فلسفي نما وتطور في أمريكا وأوربا منذ سنوات العشرينيات، ومؤداه أنه كي يتحقق الربح باعتباره هو عصب ومحرك الإقتصاد الحديث فالتاجر لا يجب بالضرورة أن يكون هو المالك لأدوات إنتاجه أو لمصنعه أو المساحة التي يعرض أو يبيع فيه منتجاته بل يكفيه أن يحتفظ لنفسه بحق الإستعمال لفترة زمنية كافية كي يتحقق له عائد الإستثمار، ومن هنا يمكن معرفة كُنه الكلمة التي أطلقها أرسطو منذ ألاف السنين وهي أن الثروة الحقيقية تكمن في استعمال الشيء وليس في تملكه.[1]

وما لاشك فيه أن لعقد الإيجار التمويلي أهمية بالغة من عدة جوانب ومنها:

أولا: من الناحية الإقتصادية:

عقد التأجير التمويلي باعتباره عقد يسعى الأشخاص المستفيدين منه إلى إنشاء مشاريع جديدة أو تحديث المشاريع القائمة برفدها بالأجهزة والمعدات الحديثة عالية التطور ومن شأن ذلك أن يسهم في دفع عجلة التنمية الإقتصادية ويظهر ذلك من خلال :

- تشجيع الإستثمار ويسهم في أي بلد في طريق النمو الإقتصادي منتجا بذلك مجالا واسعا للمشاريع الإقتصادية المتوسطة والصغيرة والجديد منها والقائم فرصة لتمويل احتياجاتها من الأموال كالمعدات والأجهزة.
- المساهمة في النمو الإقتصادي من خلال توجيه الإئتمان وتوظيف الإدخارات لتمويل الإستثمارات الإنتاجية بدلا من تنمية الإستهلاك وتمويله.
- يسهم عقد التأجير التمويلي في مواكبة التكنولوجيا والتقنية الجديدة التي يمكن الإستفادة منها بالنهوض اقتصاديا وصحيا وعلميا لاسيما في الأجهزة السريعة التطور كالأجهزة الطبية مثلا .

[1] - MARIO GIOVANOLI, le crédit-bail, leasing, en Europe, développement et nature juridique, 1980, p1.

- يساعد عقد الإيجار التمويلي في عملية خوصصة المؤسسات العمومية الإقتصادية، إذ تسمح آلية التأجير التمويلي بتحويل أصول المؤسسات العمومية الإقتصادية إلى القطاع الخاص فور تسديد أخر قسط، وهذا يحقق أكثر من فائدة فمن جهة يتيح للدولة إمكانية الخوصصة دون التضحية بالقيمة الحقيقية للمؤسسة، ومن جهة أخرى يحرر المترشحين من عبء التسديد الفوري[1].

ثانيا : بالنسبة للأشخاص الذين يمارسون أعمال التأجير التمويلي:

إن التأجير التمويل يحقق للمؤجر مزايا، فهو يحقق له عائد مناسب من الإستثمار بتحقيق ربح معين ،كما يمكنه من الإبقاء على ملكية الأصل المؤجر حتى تسديد أقساط التأجير وبذلك يضمن المؤجر استرداد أمواله في حالة عجز المستأجر عن دفع أقساط الأجرة.

ثالثا: بالنسبة للمستأجر:

إن عقد التأجير التمويل باعتباره صورة حديثة للتمويل، فهو يمكن المستأجر من حيازة أدوات الإنتاج اللازمة لممارسة نشاطه دون حاجة إلى تجميد جزء كبير من أمواله فيما لو قام بشراء هذه الوسائل ، مما يوفر له سيولة أكبر يستطيع استثمارها في مجالات أخرى ، كما يضمن للمستأجر تمويلا كاملا لاستثماره دون أن يتحمل نفقات سابقة على حيازة الأموال المؤجرة ومثل هذا الأمر لا يتوافر عادة في وسائل الإئتمان الأخرى، كما أن المستأجر يعتمد على الأصل المؤجر لأداء أقساط الأجرة مع بقائها في الوقت ذاته كضمان لسداد الأجرة باعتبار أن الأصل يدفع ثمنه بنفسه.

لقد أثار عقد التأجير التمويلي عند دخوله إلى أوربا ومن بعد ذلك التشريعات التي نظمته كالتشريعات العربية، مشكلة التكييف القانوني لعقد التأجير التمويلي باعتباره من العقود الجديدة والتي لا يمكن إدراجها في إحدى قوالب القانون الخاص، بالرغم من أنه يتكون من عدة قوالب للقانون الخاص ولهذا وجب البحث عن القواعد التي تطبق عليه لتحديد طبيعته القانونية.

إنّ التّحديد الدقيق للطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي لا يفيد فقط على المستوى النظري، ولكنه يفيد من الناحية العملية من أجل تحديد الحقوق والإلتزامات المتبادلة بين أطراف العقد، وخاصة تحديد المركز القانوني للأطراف اتجاه الغير، ذلك أنه إذا كان المبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدي، فإن تكييف العملية التعاقدية الخاصة بالتأجير التمويلي يمثل مقدمة ضرورية لا غنى عنها من أجل سد الثغرات المحتملة الناشئة عن الإتفاق والتي تتعلق بتفسير إرادة الأطراف في حالة الشك وخاصة في تحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام وخاصة حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

كما يمثل هذا النمط التعاقدي إشكال فيما يتعلق بالتشريعات التي تأخذ بفكرة التعداد الحصري للضمانات العينية ومبدأ ألا يمكن للأفراد أن ينشئوا تأمينا عينيا غير منصوص عليه تشريعيا، وإن كان هذا التأمين يدخل في الضمانات غير المسماة، فالتأجير التمويل هو أن يمنح مؤجر هذا الأصل ضمانا متمثلا في ملكية الأموال المؤجرة.

---

[1] - عجة الجيلالي، المظاهر القانونية للإصلاحات الإقتصادية في الجزائر، رسالة دكتوراه، الجزائر 2005، ص87.

ونظرا لأن عقد الإيجار التمويلي يساعد الدول التي قامت بتصحيح اقتصادياتها بتبني اقتصاد السّوق في النهوض باقتصادها عن طريق تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة فنجد العديد من الدول قامت لتنظيم هذا العقد على غرار المغرب وتونس ومصر ودول غرب إفريقيا ، فالمشرع الجزائري بدوره نظم هذا العقد بموجب الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري، هذا و لم يبقى هذا العقد تنظيمه حبيس القوانين الداخلية وإنما تم تنظيمه على المستوى الدولي، فقد أعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص مشروع معاهدة دولية لتنظيم نشاط التأجير التمويلي للمنقولات فوقعت هذه الإتفاقية في مدينة أوتاوا بكندا بتاريخ 28 ماي 1988 دخلت هذه الإتفاقية حيز التنفيذ بعد إيداع تصديق نيجيريا بعد كل من إيطاليا وفرنسا.

وتأسيسا على ما تقدم يمكن طرح إشكالية البحث وهي كالتالي:

ما هي الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية المركزية العديد من الإشكاليات الفرعية يمكن تلخيصها فيما يلي:

- هل تصلح قوالب القانون الخاص في تنظيم عقد الإيجار التمويلي؟
- ما هو الدور التأميني الذي تلعبه الملكية في عقد الإيجار التمويلي؟
- إلى أي مدى تتوازن فيه أداءات الطرفين المؤجر التمويلي والمستأجر؟
- ما مدى حماية الطرف الضعيف في عقد الإيجار التمويلي؟

تفرض علينا هذه الإشكالية الرئيسية والإشكاليات المتفرعة عنها الكشف عن المنهج المتبع في تحليل هذه الإشكاليات على أسلوب المقارنة مع الإمتداد أساسا في هذا المجال ببحث القواعد العامة، بالإضافة إلى محاولة التطرق بقدر الإستطاعة لجوانب الفنية والإقتصادية للجمع بينهما وبين الجوانب القانونية، وعلى هذا الأساس تشمل خطة المعالجة على فصل تمهيدي وفصلين هما:

الفصل الأول: يتناول النظام القانوني لعقد الإيجار التمويلي ويتفرع إلى مبحثين

المبحث الأول: نبحث فيه الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي

المبحث الثاني: نعرض فيه لكيفية إبرام عقد الإيجار التمويلي

الفصل الثاني: نناقش فيه آثار عقد الإيجار التمويلي ويتفرع بدوره إلى مبحثين

المبحث الأول: نتناول فيه التزامات كل من المؤجر والمستأجر

المبحث الثاني: نتعرض فيه لانقضاء عقد الإيجار التمويلي

وينتهي البحث بخلاصة تقييمية نحلل فيها نتائج البحث

الفصل التمهيدي

ماهية عقد الإيجار التمويلي

تمهيد:

التأجير التمويلي هو صورة مبتكرة من صور التمويل وهو نوع من التمويل العيني والذي يتيح للمستأجر فرصة تأسيس مشروعه التجاري، أو تطويره بإحلال معدات جديدة دون استنزاف للموارد المالية الموجودة لديه، فقيام المستأجر بشراء المعدات يؤدي إلى تجميد رأس المال، والبديل الناجع هو استخدام هذا المبلغ في دفع جزء من بدل الإيجار، والجزء الآخر يستغله في تنمية مشروعه وذلك بغرض الحصول على ربح إضافي يدفع بواسطته بدلات الإيجار، وعليه سنتناول هذا الفصل، الذي جعلته تمهيدا لعقد الإيجار التمويلي في مبحثين اثنين، مبحث أول يتطرق إلى تحديد مفهوم عقد الإيجار التمويلي والمبحث الثاني نتعرض فيه لصور وخصائص عقد الإيجار التمويلي.

المبحث الأول: مفهوم عقد الإيجار التمويلي

لتحديد المفهوم القانوني لعقد الإيجار التمويلي لا بد من التعرض أولا لعوامل نشأته، ولذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين كما سيلي.

المطلب الأول: التطور التاريخي

ذهبت بعض الآراء الفقهية إلى أن عقد الإيجار التمويلي مستمد من القانون الروماني وتحديدا من نظام الإستئمان المعروف في ذلك القانون والذي كان بمقتضاه يشترط المقترض نقل ملكية الشيء إليه ضمانا لدينه[1]، بل إن بعض الفقه يرى أن جذور هذا القانون تمتد إلى حضارات ضاربة في القدم كالحضارة البابلية وما وضعته من تشريعات في ذلك الوقت كقانون حمورابي، أو إلى السوماريين منذ ألفي سنة قبل الميلاد، حيث عرفت هذه الحضارة نظاما شبيها بالإئتمان عندما نظمت العلاقة بين الدائنين والمدينين، وقد تطور هذا النظام إلى أن أخذ صورة الرهن، فإذا توقفنا عند الآلية القانونية التي يتحقق بها التمويل في فكرة عقد الإيجار التمويلي، وهي إيجار المعدات الإنتاجية والعقارات المخصصة لأغراض مهنية، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن نشأة عقد الإيجار التمويلي ترجع إلى العصور القديمة، وأن الإيجار التمويلي للعقارات أسبق في الوجود من الإيجار التمويلي للمنقولات[2].

أما عقد الليزنغ بمفهومه الحالي فيرجع الفضل في ظهوره إلى بلدان القانون الأنجلوسكسوني وخصوصا أمريكا وانجلترا، ثم انتقل بعد ذلك إلى فرنسا ثم أخذت به البلدان كانت خاضعة للإستعمار الفرنسي كدول المغرب العربي ودول غرب إفريقيا، وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع التالية .

الفرع الأول: ظهور عقد الإيجار التمويلي في الولايات المتحدة الأمريكية

ذهب جانب من الفقه إلى أن التعامل الأمريكي عرف عقد الليزينغ منذ 1788[3] إلا أن معظم الفقه يرى أن عقد الليزينغ بالمعنى المعروف حاليا لم يظهر في الحياة التجارية الأمريكية إلا منذ سنة 1952، حيث تأسست شركة United States Leasing Corporation وكانت إحدى ثلاث شركات تزاول نشاط التأجير التمويلي في الولايات المتحدة الأمريكية.

ولقد ولدت فكرة الإيجار التمويلي في الولايات المتحدة الأمريكية على يد أحد رجال الصناعة الأمريكية واسمه D. P. Boothe Junior[4] كان السيد بوث يملك مصنعا صغير الحجم لإنتاج بعض المواد الغذائية

---

[1]– إلياس ناصيف، العقود الدولية عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2008، ص15.

[2] - Giovanoli –Le crédit-bail (Leasing) en Europe, développement et nature juridique, Librairies techniques, paris, 1980, p76.

[3] – جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الإيجار التمويلي، مجلة القانون المقارن العراقية، العدد 25 لسنة 1999، ص 131 .

[4] – الياس ناصيف، العقود الدولية، نفس المرجع، ص16.

المحفوظة، وفي أثناء حرب كوريا عام 1950 طلبت القوات المسلحة منه توريد كميات ضخمة من الأغذية المحفوظة تفوق القدرة الإنتاجية العادية المصنعة، وتردد بوث بين الإقدام على تحقيق هذه الصفقة التي تحقق له أرباحا طائلة أو العزوف عنها لعجزه عن تلبيتها لأنه لا يملك رأسمال ولا المعدات اللازمة لمواجهة الصفقة المعروضة عليه، غير أن الفكرة التي اهتدى إليها السيد بوث هي إمكان استئجار المعدات اللازمة لإنتاج المواد الغذائية المطلوبة بدلا من شرائها، وشاءت الصدف ألاّ يعثر السيد بوث على مؤجر للمعدات المطلوبة وأفلتت صفقة القوات المسلحة من بين يديه، إلا أنه اكتشف من خلال دراسته للموضوع أن احتراف تأجير المعدات الإنتاجية للمشاريع الاقتصادية يمكن أن يكون مصدرا لأرباح طائلة، فأقنع مجموعة من أصدقائه بالفكرة التي اهتدى إليها، وتم تأسيس أولى شركات الليزينغ في الولايات المتحدة عام 1952 والتي عرفت باسم United States Leasing Corporation[1] و هكذا وجدت فكرة التأجير التمويلي في صورتها الأصلية المعروفة باصطلاح Leasing.

وفي أعقاب تأسيس هذه الشركة سرعان ما زاد الطلب على إيجار المعدات الإنتاجية وتعاظمت أرباح هذه الشركة في فترة زمنية وجيزة وما لبثت أن تأسست شركات ليزنغ أخرى حتى أصبح الليزنغ من الظواهر المستقرة في الاقتصاد الأمريكي. وقد ساعد على انتشار هذا العقد في الولايات المتحدة عوامل متعددة منها الإعفاءات الضريبية التي تتمتع بها المؤسسات المالية على الآلات والتجهيزات موضوع عقد الإيجار التمويلي وتردد المصارف أو عدم إقدامها على إبرام عقود الاقتراض المتوسطة الأجل مع المشاريع التجارية والصناعية كما ساعد على انتشار هذه الظاهرة القانونية إمكاناته لتلبية الحاجة الاقتصادية التي كانت تحتاجها المشاريع التجارية والصناعية في ذلك الوقت، حيث قدم لها وسيلة ناجحة للتمويل عن طرق تقديم الآلات والتجهيزات التي لم يكن بمقدورها شراءها.

الفرع الثاني: انتقال عقد الإيجار التمويلي إلى الدول الأوروبية

انتقل عقد الإيجار التمويلي أو ما يسمى بالليزينغ بحسب تسميته الأصلية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى الدول الأوروبية وذلك عقب الحرب العالمية الثانية في ظل تزايد استثمارات رأس المال الأمريكي في الدول الأوروبية وكان أول خروج لهذه الظاهرة من الولايات المتحدة الأمريكية كان بعبور المحيط الأطلسي إلى القارة الأوربية التي عرفت عقد الإيجار التمويلي في بداية السّتينيات من القرن العشرين وكانت أولى الدول التي زاولت هذا النشاط هي بريطانيا وذلك بفعل إنشاء فروع لشركات التأجير التمويلي الأمريكية فيها، ثم ما لبث أن انتشر في بلجيكا وألمانيا، هولندا، إيطاليا، إسبانيا، لوكسمبورغ والدانمارك[2] ، و أول شركة للتأجير التمويلي تم تأسيسها في فرنسا هي شركة Loca France عام 1962 و قد سبق تأسيس هذه الشركة تجربة نشاط التأجير التمويلي

[1] – هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية، الطبعة الثانية، الإسكندرية مصر 1998، ص10.

[2] - هاني محمد دويدار، نفس المرجع، ص19 و ما بعدها.

فرنسا إنشاء بنك الهند الصينية في عام 1957 لتجربة هذا النشاط وعلى إثر نجاح هذه التجربة تأسست شركة Loca France التي عملت في مجال التأجير التمويلي للمنقول وهي من شركات المساهمة[1].

لكن في فرنسا كان الجدل قائما حول ترجمة مصطلح Leasing الذي استخدمه المشرع الأمريكي إلى اللغة الفرنسية فأطلق عليه بعض الفقهاء الفرنسيين تسمية Prêt-bail أي القرض الإيجاري، إلا أن هذه التسمية انتقدت من قبل البعض[2]، و لم يستقر هذا الجدل حول مصطلح الليزينغ في الفقه الفرنسي إلا مع إصدار المشرع الفرنسي أول قانون لعقد الإيجار التمويلي رقم 433 بتاريخ 1966/07/02 وأطلق عليه اسم Crédit-bail أي دين التأجير كما يراها الدكتور الياس ناصيف، أما الأستاذ هاني دويدار فيرى أن الترجمة الحرفية لهذا المصطلح هو الإئتمان الإيجاري ثم عدل القانون رقم 433 المؤرخ في 1966/07/02 بالقانون رقم 837-76 المؤرخ في 1976/09/28 بالقانون رقم 72- 656 المؤرخ في 1972/07/04 المتعلق بضرورة إعلان وشهر عقد الليزنغ الوارد على المنقولات والعقارات وقد كان هدف التعديل التشريعي الأول حماية المصالح الاقتصادية للدولة، بقصر هذا النوع من الاستثمار على بعض المؤسسات المالية التي تقترب في نظامها الأساسي من المصارف، كما أن الهدف من التعديل التشريعي الثاني حماية الغير الذي يتعامل مع المشاريع التجارية والصناعية المستفيدة من عقود الإيجار التمويلي بالإعلان عن حقيقة حيازة هذه المشاريع للآلات والتجهيزات موضوع العقد كي لا يقع هذا الغير في غلط من حيث الثقة والائتمان في هذه المشاريع[3]، كما أجريت تعديلات تشريعية أخرى بالقانون رقم 148 المؤرخ في 1986/03/01 والقانون رقم 86-12 المؤرخ في 1986/02/06 وكان الغرض من هذا القانون مد نشاط الإيجار التمويلي ليشمل المؤسسات التجارية والحرفية.

والجدير بالملاحظة في هذا المقام أن انتشار عقد الإيجار التمويلي في فرنسا ارتبط بالصعوبات التي واجهتها المشروعات في سبيل تمويل استثماراتها الخاصة، خاصة إذا ما ثارت الحاجة إلى التوسع للحفاظ على المكانة التنافسية لها، مما يعكس مدى الأزمة المالية والأوضاع الاقتصادية العسيرة في ذلك الوقت والتي تمثلت في ضيق السوق المالية والتضخم السائد في الاقتصاد الفرنسي وانخفاض المنحنى البياني لمعدلات الأرباح التي كانت تحققها المشروعات الصغيرة ومتوسطة الحجم، هذه العوامل أدت إلى وجود بيئة مناسبة لتلقي ونمو هذا النظام بوصفه الفرصة الأخيرة لتمويل استثمارات المشروعات التي هي في أشد الحاجة إليها[4]، وعليه فعوامل انتشار عقد الإيجار التمويلي في فرنسا مختلفة اختلافا جذريا بل ومناقضة عما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية ففي حين

---

[1] – إلياس ناصيف، العقود الدولية، مرجع سابق، ص20.

[2] – لأن الإيجار التمويلي بمفهومه وطبيعته وما يترتب عليه من التزامات كما استقر عليه التعامل في المجتمع التجاري الأمريكي يختلف عن القرض الإيجاري، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ليس من الصواب وضع نظام الإيجار التمويلي تحت أي نوع من أنواع عمليات التمويل القانونية الكلاسيكية. راجع إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص21.

[3] – مصطلح الائتمان الإيجاري يراه الدكتور هاني دويدار أكثر انضباطا من مصطلح التأجير التمويلي الذي تبناه المشرع المصري أو الإيجار التمويلي الذي تبناه القانون اللبناني حيث أن جوهر العملية يتمثل في منح الائتمان الذي يأخذ من الوجهة القانونية شكل الإيجار وليس إيجار تسبغ عليه بعض سمات عمليات منح الائتمان ، و يبدو الاختلاف جليا من زاوية تحديد مدى خضوع عمليات التأجير التمويلي للقواعد المنظمة للأنشطة الائتمانية، هاني دويدار في بحثه المنشور بعنوان التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002، ص13.

[4] – فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، الطبعة الثانية 1997، د د ن، ص20.

ارتبط نجاح الإيجار التمويلي في أمريكا بالرخاء الاقتصادي مع توفر نسبة من السيولة النقدية الكبيرة التي جادت بها الأسواق[1]، فصاحب ذيوعه في فرنسا الاختناق المالي والأزمة الاقتصادية التي واجهت الغالبية العظمى للمشروعات الاقتصادية الفرنسية، وهذه ميزة تضاف إلى مزايا الإيجار التمويلي بوصفه سبيلا مستحدثا من سبل تمويل استثمارات المشروعات، وهي عدم ارتباطه بحالة اقتصادية معينة، مما يجعل الطريق مفتوحا أمامه إذا ما أريد العمل به في الدول النامية والتي تواجه ظروفا كالتي عاشتها فرنسا في ذلك الوقت.

وإذا كان انتشار النموذج الفرنسي للإيجار التمويلي يرجع إلى محدودية رأس المال الفرنسي إلا أن تبني هذا النموذج تشريعيا جعل معظم مشرعي العالم التي تنتمي إلى نظام القانون اللاتيني يتأثرون بالتنظيم التشريعي الفرنسي، ففي بلجيكا نظم تشريع الإيجار التمويلي بموجب الأمر الملكي رقم 55 المؤرخ في 1976/11/10، وفي إسبانيا بالمرسوم رقم 15 المؤرخ في 1977/02/25، و في البرتغال بالقانون رقم 135 لسنة 1979، و في إيطاليا بالقانون رقم 183 لسنة 1986.

الفرع الثالث: عقد الإيجار التمويلي في باقي دول العالم

أدى اتساع الاستثمارات الأمريكية[2] وتدويل نشاط شركات الإيجار التمويلي، لوصول الإيجار التمويلي إلى دول العالم الثالث، وتأسست العديد من الشركات في عدد من الدول النامية مثل كوريا الجنوبية، ماليزيا، إندونيسيا والفلبين[3].

وقد لعب رأس المال الفرنسي دورا بارزا في نقل الإيجار التمويلي في صورته المعروفة في فرنسا إلى العديد من الدول النامية التي تدور في فلك الاقتصاد الفرنسي ومن أهمها دول المغرب العربي ودول غرب إفريقيا الناطقة رسميا باللغة الفرنسية، ويضاف إلى ذلك ما للتجربة الفرنسية في هذا المجال من أهمية من ناحية التنظيم التشريعي لهذا النشاط على اعتبار أن للقانون الفرنسي تأثيرا بالغا بوصفه رائدا للقوانين اللاتينية وأيضا من حيث طرق التفسير ومنهج البحث في ظل هذه القوانين.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فلا يوجد في التشريع المغربي تشريع خاص بالإيجار التمويلي وإنما صدرت نشرة عن وزارة المالية بتاريخ 01 جوان 1987 وحلت محل النشرة الأولى الصادرة في 14 جوان 1965 تبين فيها الطبيعة المركبة للإيجار التمويلي وأثرها من الوجهة الضريبية.

أما بالنسبة للواقع المصري فقد بدأ الاهتمام بالإيجار التمويلي في بداية الثمانينيات من خلال ممارسة البنوك وخاصة التنموية منها لهذا النوع من النشاط و لم يكن هناك أي تدخل تشريعي لتنظيم عقد الإيجار التمويلي سوى

---

[1]- هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص26.

[2] - في نهاية الخمسينيات مولت الشركة الأمريكية American Industrial Leasing عملية بناء بريمة لضخ الغاز الطبيعي واستخراجه من منطقة Campo Duran بالأرجنتين، وذلك على إثر طرح الشركة الوطنية الأرجنتينية للغاز Gas del Estado لمناقصة دعت إليها مؤسسات التمويل المختلفة ورست على الشركة الأمريكية المذكورة. أنظر في هذا الصدد، هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، نفس المرجع، ص20.

[3]- هاني محمد دويدار، نفس المرجع، ص20.

مشروع قانون في هذا الشأن عام 1985 وما صاحبه من بعض الدراسات القانونية مما وقف عائقا أمام انتشار هذا النوع من العمليات في مصر[1]، ورغم أهمية هذا النشاط إلا أن أول تشريع صدر بشأنه في مصر كان في 01 جوان 1995 وهو القانون رقم 95 لسنة 1995 والذي يتناول عقد الإيجار التمويلي، حيث صدرت لائحته التنفيذية لهذا القانون في القرار رقم 846 لسنة 1995[2]. أما في الجزائر فقد نظمه الأمر رقم 69-09 المؤرخ في 10يناير1996 المتضمن الاعتماد الإيجاري.[3]

المطلب الثاني: تعريف عقد الإيجار التمويلي

نظرا لتشابك العلاقات القانونية المترتبة على عقد الإيجار التمويلي فقد اختلف الفقه في إعطاء تعريف محدد لهذا العقد، وهذا الأخير يعتبر صورة معقدة ومتشابكة لعدة عقود مسماة، يتشابه مع بعض هذه العقود وهذا ما حدا ببعض الفقه إلى محاولة إدراجه تحت واحد منها وتطبيق أحكامها عليه بالرغم من أوجه الاختلاف الواضحة بين عقد الإيجار التمويلي وهذه العقود كما سيأتي.

الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد الإيجار التمويلي

بالرغم من اتفاق الفقه على تعريف عقد الإيجار التمويلي من الناحية الاقتصادية على أنه يعتبر من عمليات التمويل حيث تقوم المؤسسة المالية للإيجار التمويلي بتمويل المشاريع التجارية، الصناعية، المهنية، الزراعية أو الفنية وسواها على شكل أدوات إنتاج، حيث تقوم بإمدادها بالآلات والأدوات والتجهيزات اللازمة التي تحتاج إليها، إما لإنشاء المشاريع أو لزيادة الإنتاج أو لتجديد الآلات والتجهيزات تماشيا و التطورات التكنولوجية الحديثة[4]، إلا أن الفقه اختلف بشأن عمليات الإيجار التمويلي ونشأت من جراء ذلك عدة نظريات .

النظرية الأولى: عقد الإيجار التمويلي هو عقد إيجار:

حاول بعض الفقهاء تعريف عقد الإيجار التمويلي على أنه وسيلة تمويل بمقتضاها تقوم مؤسسة مالية بتأجير بعض التجهيزات والآلات إلى عملائها مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة التعاقدية بينهما[5]، ويلاحظ على هذا التعريف في أنه يقرب عقد الإيجار التمويلي من عقد إيجار المنقولات، بل ويعترف صراحة بخضوع هذا العقد للأحكام القانونية لعقد الإيجار، ولكن هذا التعريف منتقد لأن تعريف عقد الإيجار التمويلي على هذا الشكل لا يعبر عن حقيقته، فقواعد عقد الإيجار لا تتفق مع إعطاء المستأجر الحق في امتلاك الآلات والتجهيزات محل الإيجار في نهاية العقد.

---

[1] – حسام الدين الصغير، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1994، ص6.

[2] – نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005، ص25 .

[3] - الأمر 96- 09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالإعتماد الإيجاري، ج ر عدد3 مؤرخة في 14يناير 1996، ص 25.

[4] – فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص33.

[5] -Calon , La location des biens d'équipement on (Leasing), Dalloz,1964, p 97.

فإذا كان عقد الإيجار التمويلي يستمد بعضا من أحكامه من عقد إيجار الأشياء إلا أن هذه القواعد لا تكفي لتنظيم بعض جوانب عقد الإيجار التمويلي وخاصة الضمانات التي يقرها هذا العقد لمؤسسة الائتمان.

النظرية الثانية: عقد الإيجار التمويلي هو نظام مركب لتمويل الاستثمارات الإنتاجية:

ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف عقد الإيجار التمويلي على أنه وسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية، والتي تعتبر من الأنظمة القانونية المركبة[1]. لكن ما يستنتج من هذا التعريف أنه يعتمد على الهدف الاقتصادي لعقد الإيجار التمويلي مع الإشارة إلى تداخل عدة قواعد قانونية لأنظمة أو لعقود أخرى في تكوين النظام القانوني لهذا العقد، وما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يوضح كيفية إجراء أو تكوين عقد الإيجار التمويلي، كما أن التعريف بهذا الشكل جاء غير محدد إذ اكتفى بإدخال عقد الإيجار التمويلي فيما يسمى بالأنظمة القانونية المركبة.

النظرية الثالثة: عقد الإيجار التمويلي هو صيغة قانونية جديدة تسمح باستعمال أشياء لا يستطيع المشروع تملكها:

اتجه الفقه الحديث إلى تعريف عقد الإيجار التمويلي على أنه إحدى الصيغ القانونية الجديدة التي تسمح لأحدى المشاريع أو الأشخاص بالحصول على أشياء أو استعمالها من دون أن يكون لديه الأموال اللازمة لشرائها في الحال، سواء كانت هذه الأشياء من طبيعة منقولة أو عقارية.

وما يلاحظ على هذا التعريف على أنه وإن كان يشير إلى التقنية الحديثة في تمويل المشاريع التجارية أو الصناعية، وأن الإيجار التمويلي يكون محله منقول أو عقار إلا أنه لا يشير إلى الخيارات المعروضة على المشروع المستأجر في نهاية العقد.

النظرية الرابعة: هو نظام قانوني مركب من الأشكال التقليدية لعقود تجارية مع تمييزه ببعض الخصائص:

اتجه جانب من الفقه إلى تعريف عقد الإيجار التمويلي على أنه عبارة عن نظام قانوني مركب يتكون من بعض القواعد القانونية المستمدة من الأشكال التقليدية للعقود التجارية، ويتميز هذا النظام ببعض الخصائص المستمدة من مزج القواعد القانونية[2].

هذا التعريف يعتمد على تتبع عقد الإيجار التمويلي وتطبيق بعض القواعد القانونية المستمدة من بعض العقود التقليدية في كل مرحلة من مراحل تنفيذ هذا العقد، ولكنه يعاب على هذا التعريف أنه لم يحدد الأشكال التقليدية للعقود التي يستمد منها أحكامه.

وللإحاطة بعناصر الإيجار التمويلي ذهب الدكتور مصطفى رشدي شيحة إلى القول: "بأن عقد الإيجار التمويلي هو عملية إيجار لمدة طويلة تنتهي بحق الاختيار للمستأجر بالشراء من عدمه مع مراعاة الأقساط المدفوعة"[3].

---

[1] - Claude Chanpaud, Le Leasing, p.c.1965, doct, 1954.

[2] – فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص35.

[3]- مصطفى رشدي شيحة، الاقتصاد النقدي و المصرفي، الدار الجامعية، مصر 1985، ص444.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه تضمن الإشارة إلى حق المستأجر في تملك الأشياء محل العقد، إلا أنه لا يمكن التسليم به لأن المستأجر له الحق في خيارات ثلاثة (التملك، رد الشيء و تجديد العقد)، كما أن مدة عقد الإيجار التمويلي لا تشترط أن تكون طويلة، فقد تكون قصيرة لاسيما إذا انصبت على أجهزة تكنولوجية حديثة سريعة التطور.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي لعقد الإيجار التمويلي

عرّف المشرع الجزائري عقد الإيجار التمويلي في المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 الذي يتعلق بالاعتماد الإيجاري بأنه: "يعتبر الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية:

- يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاصا طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص.
- تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر.
- تعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية.

ويضيف المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة الثانية من نفس الأمر على أنه: "تعتبر عمليات الاعتماد الايجاري عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأصول المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه واستعمالها".

ما يلاحظ على تعريف المشرع الجزائري هو أنه أطلق على هذا العقد اسم الاعتماد الايجاري وهذا عكس المشرع المصري والأردني، فنجدهما اعتمدا وصف الإيجار التمويلي، ومحل هذا العقد يمكن أن يكون أصول منقولة كالآلات والمعدات أو غير منقولة كالبنايات المخصصة للاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بالمؤسسات الحرفية، وقد وردت على سبيل الحصر بمفهوم المادة المتقدم ذكرها، وما يعاب على تعريف المشرع الجزائري أنه لم يحدد طبيعة هذه المنقولات عكس المشرع الفرنسي الذي حدد طبيعة هذه المنقولات كما سيأتي بيانه.

أما المشرع الفرنسي فقد عرّف عقد الإيجار التمويلي في المادة الأولى من القانون رقم 66-455 المؤرخ في 02 يوليو1966[1] بعد تعديلها بموجب اللائحة التنظيمية رقم 67-837 المؤرخة في 28 سبتمبر1967 [2] على أن: "عمليات التأجير التمويلي هي عمليات تأجير المعدات أو أدوات العمل التي تشتريها مشروعات لأجل التأجير وتظل مالكة لها، إذا كانت هذه العمليات أشياء كانت طبيعتها القانونية تخول للمستأجر إمكانية تملك جميع الأموال المؤجرة أو بعضها مقابل الوفاء بثمن على أن يعقد الاتفاق عند تحديده بما تم الوفاء به على سبيل الأجرة و لو بصفة جزئية".

---

[1] - Journal official, 3/7/1966 p 5652, Dalloz sirey.1966 legislation 305.
[2] - Journal official, 29/9/1966 p 9695, Dalloz sirey.1967 legislation 378.

ويتبين من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي أوجب أن تكون المنقولات محل عقد التأجير التمويلي مخصصة لأغراض مهنية، إذ ينبغي أن تكون أموال تجهيز أو معدات (آلات، جرارات ،رافعات، مركبات)

ما يلاحظ على تعريف المشرع الفرنسي للتأجير التمويلي أنه قاطع في اعتبار العلاقة الناشئة بين شركة التأجير التمويلي والمستفيد ذات طبيعة إيجارية[1].

وإذا كان تعريف المشرع يواجه إمكانية تملك المال المؤجر إلا أنه لا يشترط تملكه كنتيجة حتمية للعلاقة الناشئة بين المؤجر والمستأجر فيمكن إنهاء هذه العلاقة دون إعمال خيار التملك المقر له.

ومن ناحية أخرى يشترط المشرع الفرنسي أن يكون المال المؤجر قد سبق شراؤه من طرف المؤجر من أجل تأجيره للمستأجر، فهذا يعتبر كشرط لتكييف هذا العقد بأنه عقد إيجار تمويلي، وهذا ما يؤدي إلى استبعاد عمليات التأجير المباشر[2].

أما القانون المصري فعرّف عقد الإيجار التمويلي في المادة الثانية من القانون رقم 90 المؤرخ في حزيران 1995 المتعلق بالتأجير التمويلي على ما يأتي:"في تطبيق أحكام هذا القانون يعد تأجيرا تمويليا ما يأتي:

-كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى مستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد استنادا إلى عقد من العقود ويكون التأجير مقابل قيمة إيجارية يتفق عليها المؤجر مع المستأجر.

-كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشآت يقيمها المؤجر على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر، وذلك بالشروط والمواصفات والقيمة الإيجارية التي يحددها العقد.

-كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال إلى المستأجر تأجيرا تمويليا إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي.

يلاحظ أن القانون المصري لم يحدد طبيعة المنقولات التي يمكن أن تكون موضوعا لعقد الإيجار التمويلي، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي اشترط أن تكون هذه المنقولات معدات للتجهيز أو أدوات عمل[3].

كما أن المشرع المصري لم يشترط أن يكون شراء هذه المعدات أو أدوات الإنتاج من المورد أو المنتج بغرض تأجيرها تأجيرا تمويليا _ وهذا الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي _ وغالبا ما يكون هذا الشراء بناءا على طلب المستأجر وإن اعتبر المشرع المصري التأجير تمويليا سواء كانت المنقولات مملوكة للمؤجر أو تلقاها من المورد استنادا إلى عقد من العقود[4].

هذا ونجد أن مجلس الدّولة المصري عرف عقد التأجير التمويلي بأنه :"عقد يتضمن إيجار أصول معينة مملوكة للمؤجر، يقوم المستأجر بتحديد مواصفاتها واختيار موردها واستئجارها مدة يتفق عليها مقابل أجرة معلومة، ويكون للمستأجر الحق في شراء هذه الأصول كلها أو بعضها في الموعد وبالثمن المتفق عليه بالعقد على أن يراعي

---

[1] - هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص35.

[2] -BEY et GAVALDA, Le crédit-bail mobilier, op.cit, p45.

[3] - إلياس ناصيف، العقود الدولية، مرجع سابق، ص59.

[4] - إلياس ناصيف، نفس المرجع، ص60.

في تحديد ذلك ما تم أداؤه من أجرة ومن ثمة فإن ملكية الأصول المستأجرة لا تنتقل بموجب هذا لعقد من المؤجر إلى المستأجر طيلة مدة الإيجار وإنما تظل هذه الملكية ثابتة للمؤجر طوال هذه المدة ولو قام المستأجر بشرائها نيابة عن المؤجر "[1].

يتفق هذا التعريف مع تعريف المشرع المصري وأضاف أن المال المؤجر يبقى طيلة مدة الإيجار مملوكا للمؤجر، وهذا لا يعني أنه لا يجوز نقله إلى المستأجر إذا رغب في ذلك.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من عقد التأجير التمويلي

عقد التأجير التمويلي من العقود الحديثة نسبيا، إذ أنه بدأ ينتشر في دول العالم كافة، ومنها الأقطار الإسلامية الأمر الذي استدعى تدخل فقهاء المسلمين لبيان أرائهم بشأن المعاملات التي تتخذ طابعا إسلاميا لتمييز هذه المعاملات بأنظمة خاصة بها يجمع بينهما هدف مشترك هو التيسير على المتعاملين بها، والبعد عن الربا واستغلال المحتاجين، وبالطبع فإن ذلك لا يحول دون حصول المؤسسات المالية التي تعمل في ظل النظام على ربح حلال يمكنها من التواجد والقيام برسالتها وسداد رواتب العاملين فيها[2]، والمصارف الإسلامية التي تقوم بدور تمويل الإستثمارات تتسم بعدة سمات ومعالم تتمثل فيمايلي[3]:

- تتمسك إدارة البنك الإسلامي بالمفهوم البديهي لوظيفة النقود، باعتبارها وسيلة استثمار وليست سلعة لأن الرّبا محرم شرعا.
- معناه ببساطة تغيير الوظيفة البديهية للنقود، بحيث تكون سلعة تباع وتشترى وتستأجر، وينتج عن ذلك أن تلد النقود نقودا أخرى تسمى بالفائدة وهو الأمر الذي يرفضه الإسلام الذي يرى أن وظيفة النقود تتفاعل مع العمل ليكون الناتج ربحا حلالا طيبا.
- إحلال العمل في وضعه الصحيح من عوامل الإنتاج لضمان جدية الإستثمار في إضافة حقيقية لإقتصاد المجتمع والأفراد .
- الإلتزام بأحكام الإسلام إباحة ومنعا في مختلف الأنشطة الإستثمارية.
- ربط المشروعات الإستثمارية بالاحتياجات الحقيقة للمجتمع، حيث أن التشريع الإسلامي يراعي مصالح الجماعة، وعند تعارض مصلحة الفرد معها فإنه يهدرها.

أمام هذه السمات والخصائص لتمويل الإستثمارات من جانب المصارف الإسلامية والتي لا يمكن أن تخرج عنها، فإن العقبة التي تواجهها هي كيفية أداء رسالتها في التمويل الإئتماني دون الوقوع في دائرة الرّبا، أو مما

---

[1]- فتوى الجمعية العمومية بقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الفتوى رقم 975 بتاريخ 1996/01/23 الملف رقم 540/2/37 أشار إليه رمضان صديق، التأجير التمويلي تأثير فكرته القانونية في معاملته الضريبية، دار النهضة العربية القاهرة 1998، ص61 .

[2] – أبو ليل إبراهيم الدسوقي، تطورات حديثة في التمويل الإئتماني، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد الثامن، 2002، ص155.

[3] – طايل مصطفى كمال السيد، القرار الإستثماري في البنوك الإسلامية، د د ن، د ب ن1999، ص 513 .

يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ولتخطي هذه العقبات لجأت المصارف الإسلامية إلى الأنظمة المعروفة في المعاملات الإسلامية وتطويعها بما يسمح لها بتأدية دورها الإئتماني بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن هذه الأنظمة الإيجارة التي تعتبر من وسائل الإستثمار التي تمارسه المصارف الإسلامية وإزاء هذه الوضعية سنبحث التعريف بالتأجير التمويلي وفقا للمفهوم الإسلامي(فقرة أولى)، وبيان حكم الشريعة الإسلامية في المسائل التي يثيرها التعاقد بهذا النوع من العقود(فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: التعريف بعقد التأجير التمويلي من وجهة النظر الإسلامية:

الفقهاء المسلمين لم يأخذو بمصطلح التشريعات القانونية كمصطلح الإيجار التمويلي أو الإعتماد الإيجاري أو الإيجار الإئتماني وإنما أسبغوا عليه مصطلح يراعي خصوصية الفقه الإسلامي وهو مصطلح الإجارة المنتهية بالتمليك.

عرّف مجمع الفقه الإسلامي الإجارة المنتهية بالتمليك: "بأنها عقد إجارة يتضمن إلتزاما من المؤجر بهبة العين المستأجرة عقب الوفاء بجميع أقساط الأجرة"[1].

أما الندوة الفقهية لبيت التمويل الكويتي المنعقدة بالكويت[2] فعرّفت الإيجارة المنتهية بالتمليك: "بأنها عقد على انتفاع المستأجر بمحل العقد بأجرة محددة وموزعة على مدة معلومة على أن ينتهي العقد بتمليك المستأجر لمحل".

الفقرة الثانية: حكم الشريعة الإسلامية في المسائل التي يثيرها التعاقد بطريق التأجير التمويلي:

أثارت مسألة الإجارة المنتهية بالتمليك، ومدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية نقاشا بين فقهاء المسلمين وذلك من خلال الأبحاث والندوات الفقهية التي عقدت لهذه الغاية وقد أظهرت هذه الأبحاث أن مواطن النظر الفقهي قد انصبت على المسائل الآتية:

أولا: حكم بيع أو تأجير شيء غير مملوك لبائعه أو المؤجر وقت التعاقد: أثار بحث هذه المسألة أن السلعة التي يجري بشأنها الاتفاق هل هي موجودة في ملك المصرف (المؤجر أو البائع) وقت إبرام هذا العقد، أو ليس في ملكه؟

فالمؤجر هو غالبا ما يكون المصرف الإسلامي حينما يتفق مع المستفيد على هذا النوع من التمويل، إما أن تكون السلعة الجاري التعامل بها مملوكة له ابتداء أو لا تكون مملوكة له، ولكن سيتم شراؤها بعد هذا الاتفاق، ومن ثم ستبدأ الإجارة أو البيع، في حين انعقاد عقد البيع أو الإجارة لا تكون هناك سلعة مملوكة له تباع أو تؤجر.

وقد أجمع مجمع الفقه الإسلامي[3] على عدم صحة البيع أو الإجارة لشيء غير مملوك للبائع أو المؤجر وقت العقد، ذلك لأن ملكية الشيء من شروط صحة العقد (البيع أو الإيجار)، واستند الفقه الإسلامي إلى الأحاديث الشريفة، "فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم"، وروي عن ابن

[1] - انظر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية، السنة 1406-1409هجري، ص 57.

[2]- أنظر، أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي1413 هجري، الطبعة الأولى، منشورات بيت التمويل الكويتي، الكويت، دون سنة نشر، ص 246.

[3] - حسن الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، العدد الخامس الرياض، السعودية 1409 هجرية، ص2609.

حزم قال: "قلت يا رسول الله، يأتيني الرجل فيسألني عن بيع ما ليس عندي ما أبيعه، ثم ابتاعه من السوق، فقال لا تبيع "ما ليس عندك"، رواه الخمسة (أحمد و الترميذي و النسائي و أبو داوود و ابن ماجة)، قال الصنعاني: فدّل ذلك على أنه لا يحل بيع الشيء قبل أن يملكه .

واستنادًا إلى هذا فإنه لا يصح لإنسان أن يبيع شيئا لا يدخل في ملكه، وقدرته وقت التعاقد وهذا الذي دفع حسن الشاذلي إلى القول " أنه إذا باع المصرف شيئا للعميل وكان هذا الشيء غير داخل في ملك المصرف، أو غير مملوك له، كان بيعه غير صحيح استنادا إلى هذه الأحاديث النبوية الصحيحة. وكذلك لا يجوز إجارة العين غير المملوكة للمؤجر وذلك لأن الإجارة تمليك لمنافع العين بعوض، وهذا التمليك يستدعي أن تكون العين المملوكة لمن يملك منفعتها بعوض، فإذا كان مالكا لها صح تأجيرها، أي يبيع منفعتها وإلا لم يصح له تأجيرها، فحكمها حكم البيع.

ثانيا: حكم الإجارة قبل التملك وقبل القبض :

فالموضوع الأول أن يتفق البنك مع عميله على تأجير المعدات قبل شرائها، وهذا شبيه ببيع ما لا يملك المنهي عنه، بصريح الأحاديث النبوية حيث روي عن حكيم بن حزّام قال: "قلت يا رسول الله إني أشتري بيوعا فيما يحل لي منها، وما يحرم علي؟ قال : إذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه" رواه أحمد في مسنده، وروي عن زيد بن ثابت :" أنّ النّبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم" وقياسا على البيع فإن القبض يكون في كافة العقود المالية، ومنها الإيجارة، فلو أجر شخص شيئا اشتراه قبل أن يقبضه كانت إجارته غير صحيحة.

والموضوع الثاني هو أن يشتري البنك فعلا المعدات المطلوبة (طائرة، باخرة، عقار...) ولكن قبل تسلمها وتركيبها يؤجرها للعميل فقال القره علي داغي أن هذا الأمر يحتاج إلى التفصيل[1] :

أ– أن يؤجرها بعد الشّراء مباشرة وقبل التسليم والتركيب، وبذلك بأن يحسب الأجرة من يوم العقد مباشرة، فهذا لا يجوز، لعدم التسلم والقبض وعدم تمكن المستأجر من الإنتتفاع، ومن المعلوم أن الإجارة تمليك المنفعة، وهذا لم يتحقق ومن جانب آخر فإنه يدخل في باب النهي عن الربح مالم يضمن[2] ، وذلك لأن المؤجر (المشتري) لم تدخل المعدات في ضمانه بعد، فكيف يربح بالأجرة التي يحصل عليها، قال أبو الخطاب:" الأجر يملك بالعقد، ويستحق بالتسليم ويستقر بمضي المدة"[3] .

ب– أن يؤجرها على أن يبدأ عقد الإجارة بعد شهر، أو شهرين أو سنة مثلا توقع أن كل الإجراءات تكتمل خلال تلك المدة، فهذا جائز عند جمهور الفقهاء ماعدا الشافعية[4] ، جاء في الذخيرة:" يجوز كرائها– أي الأرض– قابلا وفيها زرع الآن لربها أو لغيره، وكراء الدار عل أن لا يقبضها إلا بعد سنة، ولا يشترط في مدة الإجارة أن

---

[1] - القره علي داغي، التأصيل الفقهي للإجارة المنتهية بالتمليك، بحث منشور على موقعه www.alkoradaghi.com تاريخ التحميل 2010/12/17، الساعة الثالثة زوالا.

[2] - ورد حديث صحيح في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن، رواه الإمام أحمد في مسنده، ومالك في الموطأ، ص407 .

[3] - ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء الخامس، دار عالم الكتب، الرياض 1997، ص444.

[4] - القرافي ، الذخيرة، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان 1994، ص413 .

تلي العقد...واشترطه الشافعي حتى يتمكن من التسليم في الحال، ويرى القره داغي: تكفي القدرة على التسليم في الجملة.

ج– أن يؤجر شيئا يمكن الإستفادة منه قبل القبض ولا يحتاج إلى التركيب مثل الدار، والسيارة وغيرها ، فهذا يكتفى فيه بالقبض الحكمي أي التمكن من التسلم ولا يحتاج إلى القبض الحقيقي، أما إذا لم يمكن الإستفادة يحتاج إليه للتركيب، وذلك بأن تحسب الأجرة بعد التركيب، وإن كان العقد صحيحا قبل ذلك.

ثالثا: حكم اشتراط عقد في عقد:

عقد التأجير التمويلي يتضمن في بدايته عقد إيجار حيث يتفق الطرفان في بدايته على انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر خلال مدة معينة لقاء بدل إيجار يدفعه المستأجر في نهاية المدة وينقلب العقد إلى بيع، إذا ما أعلن المستأجر عن رغبته في نهاية المدة. وقد أثارت هذه المسألة تساؤل الفقهاء المسلمين حول حكم اجتماع عقدين في عقد واحد (عقد البيع وعقد الإيجار). فإذا كان الأصل في المعاملات حرية التعاقد وصحة الشروط إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في صحة اجتماع عقدين في عقد واحد، ومرد اختلافهم تفسير الأحاديث الواردة في هذا الموضوع، حيث ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أنه نهى عن بيعتين في بيعة"[1]وقال صلى الله عليه وسلم:" لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لا يضمن ولا بيع ما ليس عندك"[2]. وقد لخص حسن الشاذلي الآراء الفقهية في الموضوع على النحو التالي[3]:

- يرى الجمهور(الحنفية والشافعية والظاهرية والزيدية) عدم جواز اشتراط عقد في عقد، والمالكية أيضا غير أشهب منهم، واستثنوا من ذلك بالإجازة اجتماع عقد البيع مع الإيجار كعقدين مختلفين في الحكم، ومثاله لو جمع في صفقة مختلفي الحكم كالإجارة والبيع كأن يقول أجرتك داري شهرا وبعتك ثوبي هذا بدينار ويوزع المسمى بقيمتها، أي قيمة المؤجر من حيث الأجرة وقيمة المبيع[4].

- يرى أشهب من علماء المالكية والإمامية جواز اشتراط عقد في عقد ما دام ذلك يحقق غرضا مشروعا وهو المنفعة، وكذلك يرى المالكية والشافعية والحنابلة جواز اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة لتوافق أحكام البيع مع أحكام الإجارة في الأركان والشروط غالبا .

وقد جاءت توصية في الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي بجواز العقود المتعددة، سواء أكانت متفقة الأحكام طالما أنها استوفت أركانها وشروطها الشرعية، شريطة أن لا يكون الشرع قد نهى عن هذا الإجتماع، وأن لا يترتب على اجتماعها التوصل إلى ماهو محرم شرعا.

---

[1] - الترميذي، الجامع الصحيح، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية بيروت، دون سنة نشر، ص 533.

[2] - الترميذي، الجامع الصحيح، نفس الرجع، ص583.

[3]- حسن الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص2628.

[4] - الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت 1415 هجري، ص41.

الفقرة الثالثة: الضوابط الشرعية للتعامل في التأجير التمويلي:

بالنظر إلى عقد التأجير التمويلي على ضوء قواعد الفقه الإسلامي نجد أن هذا العقد تصاحبه الأمور التالية :

أولا: إنه تعاقد على سلعة غير مملوكة للمؤجر(المصرف أو المؤسسة المالية) التي يؤجرها للمستفيد (المستأجر) وقت التعاقد وهذا التصرف وضح لنا لا يصح في الفقه الإسلامي، ومن ثم يجب أن تكون السلعة مملوكة للمستأجر وقت إبرام عقد التأجير مع العميل، ومقبوضة على النحو الذي رجحه الفقهاء.

ثانيا: عقد التأجير التمويلي يشتمل على أكثر من عقد، فهو يشمل على وعدا بالتأجير، وعقد وكالة، وعقد توريد وعقد تأجير ووعدا بالبيع....، وعليه فاجتماع مثل هذه العقود والوعود قد تأثر على الوفاء بمتطلبات أو موجبات هذه التصرفات التي اتفق عليها، لكن إذا أخذنا برأي الفقه الإسلامي في أن تكون السلعة مملوكة ومقبوضة للمؤسسة وقت التعاقد فإننا بذلك نطوي ونختصر بعضا من التصرفات التي تجتمع في هذا العقد حسب صورته القانونية، ونصبح حينئذ أمام عقد إجارة مقترنة بوعد بالبيع بثمن محدد أو حسب سعر السوق، أو مدة الإجارة أو إعادة السلعة إلى المؤسسة، وبناءا على ذلك لا يكون هناك محظور في هذه التصرفات، لأنها تتساوى مع صورة الإجارة المقترنة بوعد البيع بثمن حقيقي، بل أنها تكون أكثر مرونة بالنسبة للمستأجر، إذ تعطيه الحق في اختيار واحد من أمور ثلاثة بعد انتهاء مدة الإيجار.

لذلك فإن بنك البركة الجزائري بيّن الشروط الشرعية المتطلبة في عقود التأجير التمويلي وهذه الشروط هي:

- أن تكون العين المؤجرة معروفة ومقبولة من قبل المتعاقدين ومقدورة التسليم.
- أن تكون العين المؤجرة مما يدوم بعد الإنتفاع به.
- أن يملك المؤجر الأموال محل العقد.
- تمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة.
- معرفة مدة الإيجار و الأقساط الإيجارية، وبيان كيفية دفعها.
- لا يتحمل المستأجر تبعة هلاك أو تلف أو ضرر للعين المؤجرة إلا إذا كان ذلك بسببه.

وما يمكن قوله أن التشريع الإسلامي عامة، بما فيه التشريع المالي، إنما جاء ليسعد الناس ويضبط حياتهم بنظام يقوم على العدل والرشاد، ويجلب لهم المصالح ويدرأ عنهم المفاسد، ومعلوم أن المسلمين اليوم يتخبطون في واقع اقتصادي خانق، ووضع معيشي متأزم،كما يعيشون أشكالا وأساليب جديدة في المعاملات المالية لا عهد للمتقدمين بها، فليس من الفقه ولا من العدل أن نتعامل معها بطرائق المتقدمين، ولا نلبسها قضاياهم وتطبيقاتهم التي عاشوها، بل يجب أن نعاملها في ضوء كليات الشرع وأصوله ومقاصده وعلل أحكامه المجردة عن الزمان والمكان والإنسان، مسترشدين في ذلك بفهم المتقدمين ومناهجهم في التكييف الشرعي للوقائع المستحدثة، وخصوصا منها ما هو دخيل ووارد من أرض غير أرض الإسلام وبيئة غير بيئة الإسلام.

المبحث الثاني: صور و خصائص عقد الإيجار التمويلي

سنتناول في هذا المبحث صور وأنواع عقد الإيجار التمويلي في مطلب أول وخصائص هذا العقد في مطلب ثان.

المطلب الأول: صور عقد الإيجار التمويلي

ينقسم الإيجار التمويلي إلى ثلاثة صور وهي التأجير التمويلي للمنقولات والتأجير التمويلي للعقارات والتأجير التمويلي المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية.

الفرع الأول: الإيجار التمويلي للمنقولات

بناءا على أحكام المادة السابعة من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري، فإن محل عقد الإيجار التمويلي في هذه الصورة هو المنقولات، حيث يقوم المؤجر (شركة التأجير، البنك أو المؤسسة المالية) بتأجير أصول مشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني للمستأجر[1] مقابل دفع هذا الأخير لبدلات الإيجار خلال مدة محددة وثابتة، مع إمكانية امتلاك المستأجر لهذه الأصول المؤجرة كليا أو جزئيا.

أما المشرع الفرنسي فيشترط في المنقولات التي ترد عليها عمليات التأجير التمويلي أن تكون لازمة لمباشرة نشاط إنتاجي[2]، فتقتصر على معدات إنتاجية Biens d'équipement وأدوات عملMatériel d'outillage وهذا الذي سار عليه المشرع الجزائري والمصري حيث اشترطا في المنقولات محل عقد الإيجار التمويلي للمنقولات أن تكون معدات إنتاج أو أدوات عمل وبالتالي تخرج السلع الاستهلاكية من نطاق التأجير التمويلي [3].

ويتفق المشرع الجزائري مع المشرع المصري حول إمكانية تملك المشروع المستفيد للأصول المؤجرة مقابل أدائه الثمن المتفق عليه، مع الأخذ بعين الاعتبار عند تحديد الثمن ما تم الوفاء به من أقساط الأجرة ولو بصفة جزئية وهو يختلف معه حين لم يشترط شراء المال المؤجر قبل التأجير، مما يستتبع ذلك أن المشرعين الجزائري والمصري يعتبر تأجير المؤجر لمنقولات غير مملوكة له قبل عمليات التأجير من قبيل عمليات الإيجار التمويلي.

الفرع الثاني: التأجير التمويلي العقاري

تعرف المادة الثامنة من الأمر 96-09 عمليات التأجير التمويلي العقاري بأنها تلك العمليات التي يقوم بها المؤجر بتأجير أموال عقارية مخصصة لأغراض مهنية والتي يشتريها المؤجر أو يتم بناؤها كبناية، إذا كانت هذه العمليات تسمح للمستأجر بتملك جميع الأموال المؤجرة أو بعضها في أجل أقصاه انتهاء مدة الإيجار، وذلك إما

---

[1] – هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص37.

[2] – نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص99.

[3] – نجوى إبراهيم البدالي، نفس المرجع، ص99.

عن طريق تنفيذ وعد منفرد بالبيع وإما عن طريق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة وسواء كان اكتساب ملكية الأرض بطريق مباشر أو غير مباشر وإما عن طريق انتقال ملكية العمارات أو المباني المقامة على أرض مملوكة للمستأجر بقوة القانون.

وما يرد على تعريف المشرع الجزائري للإيجار التمويلي للعقارات هو قطعية المشرع في تكييف العلاقة الناشئة بين المؤجر والمستأجر على أنها علاقة إيجارية، مع إمكانية تملك المستأجر جميع أو بعض الأموال المؤجرة وربما يكون المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي الذي كان نهجه في تعريف التأجير التمويلي للعقارات بموجب المادة الأولى الفقرة الثانية من قانون رقم 66-455[1].

أما ما يميز تعريف المشرع الجزائري للتأجير التمويلي العقاري هو تحديد طبيعة الأموال التي يرد عليها هذا العقد من جهة ومن جهة ثانية استعراض الآليات التي يتحقق بها انتقال ملكية الأموال المؤجرة إلى المستأجر في موعد أقصاه انتهاء مدة الإيجار.

أولا: طبيعة العقارات التي يرد عليها التأجير التمويلي: طبقا لنصوص الأمر رقم 96-06 يرد الإيجار التمويلي العقاري الخاضع لأحكامه على الأموال العقارية المخصصة لأغراض مهنية Biens immobiliers usage professionnel ومؤدى ذلك ضرورة أن يخصص العقار المؤجر لغرض مهني دون النظر إلى طبيعة النشاط الذي يمارسه مستأجر هذا العقار سواء أكان النشاط صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو زراعيا أو حتى من قبيل المهن الحرة، ويترتب على هذا الشرط استبعاد العقارات المخصصة للاستعمال الشخصي من نطاق التمويل العقاري[2].

ثانيا: انتقال ملكية العقار محل العقد إلى المستفيد: طبقا لنص المشرع الجزائري والفرنسي يجب أن تخول عمليات التأجير العقاري المستأجر تملك الأموال المؤجرة في أجل أقصاه انتهاء مدة الإيجار، ويتبين من ذلك أنه لا يلزم بالضرورة أن يتحقق انتقال الملكية إلى المستفيد في نهاية مدة الإيجار وإنما يمكن الاتفاق على إمكانية تحقق ذلك قبل هذا الموعد[3].

ويحدد المشرع الآليات[4] التي يتحقق بها انتقال الملكية إلى المستفيد وهي نفس الآليات التي حددها المشرع بموجب المادة الأولى في القانون 66-455 و هذه الآليات يمكن تحديدها في ثلاث صور:

أ - **الصورة الأولى لكيفية انتقال الملكية إلى المستفيد (المستأجر):** تتمثل في تنفيذ لوعد بالبيع من جانب واحد، ويلاحظ أن المشرع حسم تكييف الكيفية التي يتحقق بها انتقال ملكية العقار إلى المستأجر على أنها تنفيذ لوعد منفرد بالبيع من جانب المؤجر مع توقف الأمر على إعلان إرادي من جانب المستأجر بقبول تملك المال المؤجر عن طريق استعمال خيار الشراء، وفي هذا الصدد يجزم المشرع الفرنسي بعدم انتقال ملكية المال المؤجر إلى

---

[1] - عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة، القاهرة، مصر1999، ص24.

[2] - أنظر المادة الرابعة من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[3] - أنظر المادة الثامنة من الأمر 96-09 السالف الذكر.

[4] - أي المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي لم يتعرض للطبيعة القانونية للآلية التي يتحقق بها انتقال ملكية المنقول إلى المستأجر و هو بصدد تعريف التأجير التمويلي للمنقولات.

المستأجر بأثر رجعي خاصة بالنسبة لحالة العقار المبني والذي اشترته شركة التأجير التمويلي لأجل تأجيره إلى المستأجر[1].

ب – الصورة الثانية لكيفية انتقال ملكية العقار إلى المستفيد: تتمثل في اكتساب حقوق ملكية الأرض التي شيد عليها البناء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وعليه يكفي المستفيد تملك الأرض لكي تنتقل إليه ملكية المباني تطبيقا لأحكام الالتصاق العقاري[2].

ج – الصورة الثالثة: ينص المشرع على إمكانية تحقق انتقال ملكية المباني إلى المستأجر بقوة القانون في الفرض الذي تم فيه تشييدها على أرض مملوكة للمستأجر.

ويلاحظ أن المشرع بنصه على وجوب انتقال الملكية إلى المستأجر في موعد أقصاه انتهاء الإيجار، فإنه لا يسمح بانتهاء مدة إيجار المباني دون أن يكون في الإمكان انتقال ملكيتها إلى المستأجر مما يفترض معه أن تكون كل من مدة إيجار الأرض وإيجار المباني واحدة فتنقضيان معا.

وإذا اتفق على إمكانية تملك المباني قبل انقضاء مدة تأجيرها فلا شك إذن أن نفاذ إيجار الأرض يكون معلقا على شرط تنفيذ إيجار المباني مع مراعاة أن زوال الإيجار بوصفه من عقود المدة لا يكون بأثر رجعي وبالتالي لا يكتسب المستفيد ملكية المباني إلا من وقت إعمال خياره بالتملك قبل انقضاء مدة إيجارها.

الفرع الثالث: الإيجار التمويلي للمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية

من خلال استقرائنا لنص المادة 09 والفقرة الثالثة من المادة الأولى من الأمر 96-09 نجد أن المشرع الجزائري وسع من نطاق الإيجار التمويلي ليشمل المحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، ولعل الهدف من ذلك، هو حل المشاكل التي تعاني منها المشاريع غير الصناعية والتجارية وبصفة خاصة المشروعات الزراعية، آخذا في الحسبان النشاط الذي يزاوله المستفيد دون الإعتداد بصفته. وهو الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة 03 من الأمر 89-1008 الصادر في 31 ديسمبر 1989 حيث قرر أن يكون عنصر من العناصر المكونة للمحل التجاري محلا لعقد الإيجار التمويلي، أما المشرع المصري الذي تبنى اتجاها موسعا للمال المؤجر، فقد واكب المتغيرات الإقتصادية العالمية الجديدة التي استحدثتها المنظمة العالمية للتجارة، التي ضمت بابا كاملا عن تأجير الحق المعنوي، وسمح بأن يكون محلا لعقد الإيجار التمويلي العقار والمنقول بنوعيه المادي أو المعنوي.

[1] – نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص83.

[2] – راجع المادة 782ق م ج وما يليها المتعلقة بالإلتصاق العقاري.

المطلب الثاني: خصائص عقد الإيجار التمويلي

يتميز عقد الإيجار التمويلي بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود وهي تنقسم إلى خصائص عامة (فرع أول) وخصائص خاصة (فرع ثاني).

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد الإيجار التمويلي

عقد الإيجار التمويلي من العقود الملزمة للجانبين، وهو عقد شكلي من عقود المعاوضة وزمني قائم على الاعتبار الشخصي وقد سماه المشرع الجزائري بموجب الأمر 96-06 ويمكن إيجاز هذه الخصائص على النحو الآتي:

أولا: عقد الإيجار التمويلي عقد ملزم للطرفين: يقصد بالعقد الملزم للجانبين هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم لجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر[1]، ففي عقد الإيجار التمويلي يرتب القانون التزامات متقابلة في ذمة كل من المؤجر والمستأجر بحيث يصبح كل منهما دائنا للآخر، فيلتزم المؤجر من أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر وحسب الغرض الذي أعد له ويضمن للمستأجر جميع العيوب والنقائص التي تحول دون الانتفاع به أو تنقص منه[2]، وفي المقابل يلتزم المستأجر بدفع مقابل حق الانتفاع بالأصل المؤجر في المواعيد المتفق عليها[3].

ثانيا: عقد الإيجار التمويلي عقد شكلي: العقد الشكلي هو ما لا يكفي التراضي لانعقاده، بل يجب بجانب التراضي إتباع شكل معين يوجبه القانون كتحرير العقد بواسطة موظف مختص وهذا ما يعرف بالعقد الرسمي الذي هو نوع من أنواع الشكلية والشكل في القانون الحديث أن يكون سندا رسميا يجب أن يفرغ فيه العقد لأن الغرض من شكلية العقود هو تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد، كما أنها وسيلة لحماية الغير حسن النية.

بالرغم من عدم وجود نص صريح في القانون الجزائري على وجوب إفراغ عقد الإيجار التمويلي في شكل معين (الكتابة)، إلا أنّ المشرع أوجب شهر عمليات الإيجار التمويلي[4] وذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 96-06 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة.

ثالثا: عقد الإيجار التمويلي من عقود المعاوضة: يقصد بعقد المعاوضة العقد الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلا لما أعطاه[5]، وعقد الإيجار التمويلي يقوم على أساس المبادلة، فالمؤجر يقوم بتمويل المعدات أو الأجهزة أو

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص171.

[2] – راجع المادة 38 من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري.

[3] – راجع المادة 32 من الأمر 96-09 السالف الذكر، وفيما يتعلق بالتزامات كل من المؤجر و المستأجر راجع الفصل الثاني في المبحث المتعلق بها.

[4] – راجع المادة السادسة من الأمر 96- 09 التعلق بالإعتماد الإيجاري.

[5] – محمد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى الجزائر، الطبعة الرابعة2008، ص64.

العقارات مقابل الحصول على بدل الإيجار، إضافة إلى هامش ربح يحققه جراء هذه العملية وفي المقابل فإن المستأجر المنتفع بالعقد يقوم باستخدام المأجور لتحقيق أغراضه ويسعى إلى الربح، فهو يقوم بدفع بدلات الإيجار وذلك لتسديد ثمن محل المأجور ومن ثم ممارسة الخيار بالتملك لمحل العقد.

رابعا: عقد الإيجار التمويلي هو عقد زمني: يقصد بالعقود الزمنية هو ذلك العقد الذي يكون فيه الزمن عنصرا جوهريا، حيث تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد[1]، ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن، فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة، ومن ثم فإن عقد الإيجار التمويلي عقد زمني لأنه يقع على المنفعة والزمن عنصر جوهري فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها.

أمّا قضاءا فإن محكمة النقض الفرنسية ذهبت خلاف ذلك، حيث اعتبرت أن عقد الإيجار التمويل هو عقد فوري التنفيذ إذ أنها قضت في أحد قراراتها بإلزام المؤجر برد ما قبضه من أقساط عن المدة السابقة لصدور الحكم، وتتلخص وقائع قضية هذا القرار أن شركة "HALLES Alecles " قد اشترت أجهزة كمبيوتر من شركة "MARTA" وأجرتها لشركة " BORIE " بموجب عقد تأجير تمويلي، ثم تبين بعد مضي مدة من استخدامها عدم صلاحيتها للانتفاع بها وترتب على ذلك فسخ عقد البيع بين الشركة المؤجرة والبائع شركة "MARTA" فطالبت شركة " BORIE " المستأجرة باسترجاع جميع الأقساط التي دفعتها للشركة المؤجرة قبل صدور حكم المحكمة بفسخ عقد الإيجار التمويلي الذي فسخ نتيجة فسخ عقد البيع، ونسبت المحكمة قرارها بالقول:" أنه لا خلاف في أن عقد الإيجار هو عقد زمني لا يسري إلا بالنسبة للمستفيد ولا ينسحب إلى الماضي لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته، وهذا يعود إلى الطبيعة الزمنية لهذا العقد فيحتفظ المؤجر بالأجرة التي حصل عليها في الفترة السابقة على صدور الحكم بفسخ هذا العقد[2]، لكن الواقع على خلاف ذلك في عقد الإيجار التمويلي لأن الأجرة التي يدفعها المستأجر لا تقابل الانتفاع وحده بل تتضمن في جانب منها جزءا من ثمن الشراء للأجهزة فيما لو رغب المستأجر بشرائها نهاية العقد.

الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد الإيجار التمويلي

يتميز عقد الإيجار التمويلي بجملة من الخصائص الخاصة به، وبها يتميز عن العقود الأخرى وهذه الخصائص هي الطابع الثلاثي لعقد الإيجار التمويلي، طابعه المالي والخيارات الثلاثة التي يتمتع بها المستأجر في نهاية العقد، كما أن هذا العقد يقوم على الاعتبار الشخصي، و أخيرا الصفة التجارية لهذا العقد، و هذا ما سنتناوله تباعا.

الفقرة الأولى: الطابع الثلاثي لعقد الإيجار التمويلي: لبيان الطابع الثلاثي لعقد الإيجار التمويلي يجب تحديد أطرافه الثلاثة[3] وبيان الدور الذي يقوم به كل منهم مع العلم أنّ عقد الاعتماد الايجاري من الناحية القانونية هو عقد

---

[1] - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2008، ص68.

[2] - Cassation commercial, 30/11/1999.J.c.p.1999, p23.

[3] - P.M.D. Chambon et M. Alter - initiation aux techniques contractuelles récentes, op.cit. p9.

ثنائي الأطراف، فنبحث أولا في الأطراف المشاركة في عقد الاعتماد الايجاري ثم نبين طبيعة العلاقة القانونية التي تنشأ عن عملية التأجير التمويلي.

أولا: تحديد أطراف عقد الإيجار التمويلي: لإتمام عملية التأجير التمويلي يتطلب الأمر تدخل ثلاثة أطراف هم:

1- المستفيد (المستأجر): هو من يحوز مالا استنادا إلى عقد تأجير تمويلي ويعتبر المحرك الأساسي لعمليات التأجير التمويلي وهذا بالنظر إلى حاجته بالإنتفاع بأصل إنتاجي داخل مشروعه.

2- المورد (المقاول): يقصد بالمورد Supplier هو الذي يوفر الأموال موضوع عملية التأجير التمويلي طبقا لمواصفات المستأجر وتوريدها له بناءا على طلب المؤجر بعد سداد ثمنها وذلك استنادا إلى عقد بيع أو عقد مقاولة.

3- المؤجر: هو كل شخص اعتباري[1] يباشر عمليات الإيجار التمويلي عن طريق شراء الأصول الإنتاجية من المورد و يقوم بتأجيرها إلى المستأجر.

ولا يختلف دور هؤلاء الأشخاص الثلاثة في حالة شراء الشركة لعقار لأجل تأجيره إلى المستفيد، أما في حالة بناء عقار فإن إنجاز العملية يقتضي تدخل هؤلاء الأطراف (المستفيد، شركة التأجير التمويلي و مقاول البناء).

حيث يتدخل هؤلاء الأشخاص للمساهمة بدور محدد في إنجاز عملية التأجير التمويلي، وعلى ضوء هذه المساهمة تتحدد لنا المراكز القانونية التي يتمتع بها هؤلاء الأطراف، فالشخص الذي يورد المنقول أو العقار الذي سبق بناؤه يكون في المركز القانوني للبائع إذ يقوم بنقل ملكية الأصل إلى المؤجر (شركة التأجير التمويلي) مقابل الحصول على الثمن وبالتالي تكون الشركة إزاءه في مركز المشتري، أما إذا كان الأمر يقتضي بناء العقار فإن مركز المقاول يستبدل بمركز البائع.

ثانيا: طبيعة العلاقات الناشئة عن عقد الإيجار التمويلي: تتحقق عملية التأجير التمويلي بتدخل أكثر من شخص وإن كان كل منهم يريد تحقيق غاية محددة تختلف عن غايات وأهداف الأطراف الأخرى إلا أن مساهمتهم جميعا ضرورية.

من الوجهة القانونية تنشأ بين الأطراف المختلفة علاقات قانونية محددة، ولا يثور الخلاف حول قيام علاقة قانونية مباشرة بين البائع وشركة التأجير التمويلي من جانب وبين هذه الأخيرة والمستفيد من جانب آخر.

وقد سار المشرع الجزائري على خطى المشرع الفرنسي بعدم نشوء علاقة قانونية مباشرة بين البائع والمستفيد بالرغم من ارتباطهما الفعلي من واقع المفاوضات الخاصة بشراء الأصل أو بموجب استلام المستفيد لهذا الأصل من البائع[2]، وهذا عكس ما ذهب إليه المشرع المصري حيث نص في المادة 13 من القانون رقم 95 لسنة 1995 المنظم لعقد التأجير التمويلي على أنه للمستأجر أن يرجع مباشرة على المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر[3].

---

[1] – المشرع الجزائري حدد الأشخاص الذين يمارسون التأجير التمويلي على سبيل التحديد والحصر وهم شركة التأجير التمويلي، البنك والمؤسسة المالية، راجع المادة السابعة من الأمر رقم 96-06 المتعلق بالتأجير التمويلي.

[2] – هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص91.

[3] – نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص187.

أما إذا كان محل عقد الإيجار التمويلي هو عقار ذلك أن شركة التأجير التمويلي قد تفرغ اتفاقها مع المستفيد الخاص بعمليات البناء في إطار عقد مقاولة، وفي هذه الحالة يبرم المستفيد عقد مقاولة إنشاء المباني فيرتبط بعلاقة قانونية مباشرة مع المقاول، أمّا إذا أفرغ الاتفاق في إطار عقد وكالة فتنشأ العلاقة القانونية بين شركة التأجير التمويلي والمقاول ولا تنشأ علاقة مباشرة بين المستفيد والمقاول.

ويتضح مما سبق أن العلاقات التي تنشأ عن عقد التأجير التمويلي هي علاقات مزدوجة، إذ تحتوي عملية التأجير التمويلي على عقدين متمايزين يوضحان أن شركة التأجير التمويلي هي المحرك للعملية من خلال تعاقدها مع كل من البائع والمشروع المستفيد (المستأجر) على نحو مستقل مرتبط بعقد بيع مع البائع وعقد إيجار تمويلي مع المشروع المستفيد.

الفقرة الثانية: الطابع المالي لعقد التأجير التمويلي: عقد الإيجار التمويلي هو عقد ذو طابع مالي، فشركة التأجير التمويلي ترتبط بالمشروع المستفيد برباط مالي، ويتمثل دورها التمويلي في دفع ثمن شراء الأصل محل عقد الإيجار التمويلي أو تكلفة بنائه إذا كان عقارا، ويتم استردادها لرأس المال المستثمر في الائتمان الممنوح للمشروع المستفيد من خلال القيمة الايجابية التي يدفعها المشروع المستفيد طوال مدة عقد الإيجار التمويلي والتي تغطي ثمن شراء الأصل محل عقد الإيجار التمويلي مع هامش ربح معتبر وتكاليف إتمام الصفقة مع احتفاظ المؤجر بملكية هذا الأصل المؤجر طوال مدة عقد التأجير التمويلي لضمان حصولها على هذا المبلغ.

وحتى يتبين الطابع المالي للإيجار التمويلي يجب بحث محل الائتمان من جانب أول وبحث كيفية تحديد مدة الاتفاق من جانب ثان وأخيرا بحث الدور الذي تلعبه الملكية.

أولا: محل الائتمان في الإيجار التمويلي: يتم تنفيذ عملية التأجير التمويلي بتملك المؤجر (شركة التأجير التمويلي) للأصل مقابل أداء الثمن أو تكلفة البناء، فالشركة تستثمر مبلغا من المال في سبيل إنجاز هذه العملية، وهذا لا يكون مربحا لها إلا إذا استردت الشركة كامل رأسمالها المستثمر مع هامش ربح مرض.

ولذا يتمثل المال المستثمر من قبل شركة التأجير التمويلي في ثمن الأصل أو تكلفة بنائه. فالتأجير التمويلي يتميز عن سائر أشكال التمويل الأخرى وخاصة التقليدية منها بتغطية كامل قيمة استثمار المستفيد[1] وهو ما يعتبره الفقه من أهم مزايا التأجير التمويلي.

إلا أن البعض يتحفظ بخصوص تغطية التمويل كامل الإستثمار، من جانب نجد المستأجر يقوم بأداء أول أقساط الأجرة عند استلامه الأصل مما يوازي الوفاء بمقدم الثمن، ومن جانب آخر يقال بأن التأجير التمويلي يتميز بإمكانية سداد الأقساط من عوائد الأصل المنتفع به ومهما يكن فإن محل الإئتمان في التأجير التمويلي هو مقابل تملك الأصل أي ثمن شرائه أو تكلفة بنائه.

[1] - GIOVANOLI, op.cit, p33.

ثانيا: تحديد مدة الإيجار في التأجير التمويلي: الأصل في عقد الإيجار التمويلي أن مدة الإيجار فيه تكون غير قابلة للإلغاء،[1] وبالتالي لا يحق لأي من الطرفين طلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته، ويترتب على ذلك أن المستأجر يلتزم بالوفاء بجميع الدفعات النقدية المستحقة لشركة التأجير التمويلي طوال مدة الإنتفاع بالأصل وحتى انقضاء هذه المدة .

ومع ذلك لا يكون الهدف من تقرير عدم قابلية مدة الإيجار للإلغاء ضمان انتفاع المستفيد بالأصل خلال مدة محددة بقدر ما يكون ضمان حصول المؤجر التمويلي على إجمالي الأجرة استردادا لرأسماله المستثمر في شراء الأصل مع ضمان تغطية نفقاته وتحقيقه للربح التقدي، ومن هذه الزاوية ينظر المؤجر التمويلي إلى دين الأجرة في مجملها بوصفه دينا لا يقبل الإنقسام، وهو ما يتحقق قانونا بجعل مدة الإيجار أي مدة الوفاء بأقساط الأجرة غير قابلة للإنقسام.

ثالثا : دور الملكية في عقد الإيجار التمويلي:لا شك أن ملكية الأصل التي تحتفظ بها شركة التأجير التمويلي طوال مدة العقد، تمثل خير الضمانات التي يمكنها الحصول عليها من المستفيد إذ أنها تستطيع طلب فسخ العقد[2] عند إخلال المستفيد بالوفاء بأي من أقساط الأجرة، فتسترد الأصل باعتباره مملوكا لها ومع ذلك لا يستقيم تكييف الأقساط التي يدفعها المستأجر على أنها من قبيل الأجرة المقررة مقابل الإنتفاع بالأصل ،بل هذه الأقساط هي دين واحد لايقبل الإنقسام .

ولقالب الإيجار أهميته المحورية بالنسبة إلى شركة التأجير التمويلي، إذ يسمح لها مركزها كمؤجر من استرداد الأصل من تفليسة المستأجر، وهذه المكنة لم تكن مقررة في القانون الفرنسي للبائع بالتقسيط الذي كان يحتفظ بملكية المبيع على سبيل الضمان، وذلك حتى صدور القانون رقم 80-355 المؤرخ في1980[3]، فبموجب هذا القانون أصبح لبائع المنقول المادي بالتقسيط حق استرداده من تفليسة المشتري إذا كان قد احتفظ بملكيته بموجب شرط في العقد، وبما أن عقد الإيجار التمويلي في فرنسا أسبق من تاريخ صدور هذا القانون، ذهب جانب من الفقه إلى أن مكنة استرداد المؤجر للعين المؤجرة من تفليسة المستأجر هي التي جعلت شركات التأجير التمويلي تفرغ علاقاتها بالمستأجرين في قالب الإيجار.

وأيا كان الأمر فإن ملكية الأصل تمثل الضمان الجوهري الذي تتمتع به شركة التأجير التمويلي ضد خطر إعسار المستأجر، ويعد هذا الضمان ركنا أساسيا في اتفاق التأجير التمويلي.

الفقرة الثالثة: عقد التأجير التمويلي من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي: بما أن عقد التأجير التمويلي كغيره من عقود الائتمان[4] التي يتوقف فيها منح الائتمان على الثقة في شخص العميل[5]، فإنه يعتبر من العقود التي

[1] – انظر المادة 12 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[2]- Bey et GAVALDA , le crédit-bail mobilier, op. cit, p38.

[3]- Journal Officiel, 13mai 1980, p1202.Dalloz 1980 Législation 200.

[4]– عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص43.

[5]– نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان (الائتمان بوجه عام، عناصر قانون الائتمان)، محاولة لتأصيل قانون لفكرة الائتمان، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف مصر 1991، ص18.

تبنى على الاعتبار الشخصي[1]، أي أن كل طرف من طرفي العقد يضع في اعتباره شخصية الطرف الآخر عند التعاقد معه وتعتمد الثقة بين طرفي العقد على تاريخهم في التعامل ومدى جديتهم في الوفاء بالالتزامات المترتبة على تعاملاتهم السابقة، لذا تطلب شركة التأجير التمويلي (المؤجر) من المشروع المستفيد (المستأجر) في حالة تقدمه لها بطلب لتمويل مشروعه تقديم بعض الأوراق و المستندات الخاصة بنشاطه وتفصيل عن ميزانيته، حيت تتحقق لديها الثقة فيه وفي قدرته على الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد، ومن خلال فحص شركة التأجير التمويلي لهذه المستندات المقدمة من المشروع المستفيد التي توضح مركزه المالي تتخذ قرارها إما بقبول تمويل المشروع أو رفض التمويل.

ويترتب على هذا الغلط في شخص أحد طرفي عقد التأجير التمويلي قابلية هذا العقد للإبطال إذا طلب الطرف الثاني الذي وقع في الغلط إذ أنه ما قبل التعاقد معه إلا على ضوء الإعتبار الشخصي لديه.

وقد راعت معظم التشريعات ما للاعتبار الشخصي من أهمية في عقد الإيجار التمويلي ابتداء من تاريخ إبرامه وحتى انتهائه، فنص مثلا على أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة صريحة من المؤجر، وأن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه إذا انهار الاعتبار الشخصي لدى المستأجر، كحالة إفلاسه أو إعساره أو انقضائه إذا كان شخصا معنويا، وغالبا ما ينص العقد نفسه على موافقة الطرفين على اعتبار العقد ملغى في حالة وفاة المستأجر.

الفقرة الرابعة: الخيار الثلاثي الذي يتمتع به المستأجر عند نهاية العقد: اختلفت التشريعات المقارنة في مآل ملكية المال محل عقد التأجير التمويلي في نهاية المدة المتفق عليها للعقد، فذهبت تشريعات كل من الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا إلى التأجير بدون حق الشراء الاختياري، أي لا تمنح المستأجر حق شراء المال المؤجر في نهاية العقد، أما التشريع الفرنسي[2] فأعطى للمستأجر في نهاية العقد حق الشراء الاختياري وعلى هذا النهج سار كل من المشرع الجزائري[3] والمصري مقررين للمستأجر حق الخيار بين ثلاثة خيارات وهي:

الخيار الأول: شراء المال المؤجر: يعتبر هذا الخيار إحدى مزايا عقد الإيجار التمويلي بالنسبة للمستأجر، ولما كان هذا الأخير يتمتع بالحق في شراء المال المؤجر في نهاية مدة العقد فإن انتقال ملكية الأموال المؤجرة إليه يتوقف على إعلان إرادي من جانبه في نهاية مدة العقد المتفق عليها وهي رغبته في شراء المال المؤجر وسداد الثمن المتفق عليه أو المحدد ابتداء[4]، وعادة ما يكون الثمن أقل من سعر السوق حيث أوجب القانون أن تراعى عند تقديره مبالغ الأجرة التي سبق المستأجر أن دفعها خلال مدة الإيجار.

---

[1] – المادة 39 من الأمر رقم 96-06 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[2] – حسام الدين الصغير، الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص12.

[3] – المادة 16 من الأمر رقم 96- 09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[4] – أنظر المادة 16 فقرة 2 من الأمر رقم 96-09 نفس الأمر.

ويقوم خيار المستأجر في شراء المال المؤجر على وعد بالبيع من جانب المؤجر الذي يعطي للمستأجر إمكانية حصوله على المال كله أو بعضه وإذا لم يتضمن العقد وعدا بالبيع فلا يمكن اعتباره عقد إيجار تمويلي بل يعتبر عقد إيجار عادي بسيط.

الخيار الثاني: تجديد عقد الإيجار التمويلي: للمشروع المستفيد (المستأجر) الإستمرار في استعمال الأصل محل عقد الإيجار التمويلي إذا لم يستعمل خيار الشراء، وفي هذه الحالة يكون الاستمرار بناءا على طلبه تجديد العقد لمدة أخرى ولكن يجب عليه أن يعلن عن رغبته في التجديد قبل انتهاء مدة الإيجار الأصلية، ولا يعتد هنا بالتجديد الضمني ولا يعتبر طلب المستأجر تجديد عقد الإيجار لمدة أخرى امتدادا للعقد الأول[1] حيث أن العقد الأول ينتهي وينشأ عقد جديد تكون الأجرة فيه أقل من سابقتها في العقد الأول، فالمستأجر في العقد الأول يكون قد سدّد الجزء الأكبر من تكاليف تلك الصفقة.

الخيار الثالث: رد الأشياء محل عقد الإيجار التمويلي: إذا لم يرغب المستأجر في إعمال الخيارين السابقين سواء شراء المال المؤجر أو تجديد عقد الإيجار فإنه يلتزم برد الأشياء محل عقد الإيجار التمويلي بالحالة المتفق عليها في العقد إلى المؤجر، وبذلك تنتهي العلاقة التأجيرية التي كانت تربط بين طرفي العقد، وفي هذه الحالة قرر المشرع الجزائري أنه في حالة تعذر الاتفاق على إبرام عقد إيجار جديد لاستبدال عقد الإيجار الأصلي في أجل أقصاه تاريخ انقضاء مدة الإيجار الأصلي ويتعين على المستأجر إعادة الأصل المؤجر خال من أي شاغل للمكان ودون الحاجة إلى تنبيه بالإخلاء وفي حالة رفض المستأجر لإخلاء المكان يمكن للمؤجر أن يلزم بذلك بمقتضى أمر يصدره قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة المختصة إقليميا[2].

ونخلص مما تقدم أننا نكون بصدد انفصام قانوني حول طبيعة التأجير التمويلي، ويمكن على ضوء ذلك معاملته بالنظر إلى كل طابع يتميز به أو يجري العمل على إضفائه عليه، وبعبارة أخرى يمكن النظر إليه تارة باعتباره عملية تمويل، وتارة أخرى باعتباره عملية تأجير وتارة ثالثة باعتباره وسيلة ضمان.

---

[1] - نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص206.

[2] - أنظر المادة 44 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

خلاصة:

و بناءا على ما سبق يمكن استخلاص الآتي:

إنّ عقد الإيجار التمويلي عقد حديث النشأة و إن كانت النواة الفلسفية الأولى تعود إلى الفيلسوف اليوناني أرسطو الذي اعتبر أن الشّراء الحقيقي يكمن في استعمال الشيء و ليس في تملكه، و هذا العقد نما و تطور في أمريكا ثم انتقل بعد ذلك إلى أوروبا، فدول العالم الثالث و لم يبق هذا العقد حبيس القوانين الداخلية للدول، بل تم تنظيمه على المستوى الدولي من خلال المعهد الدولي لتوحيد القانون في اتفاقية أوتاوا لعام 1988 المتعلق بعقد الإيجار التمويلي.

أمّا فيما يتعلق بتعريف التأجير التمويلي فالمشرع الجزائري اشترط في المال محل عقد التأجير التمويلي أن يكون لازما لممارسة نشاط إنتاجي سلعي أو خدمي، و استبعد التأجير لأغراض استهلاكية، و قد اتفق مع المشرع الفرنسي في هذا، إلا أنّ المشرع الفرنسي اشترط سبق شراء المال محل العقد قبل التأجير لعدم اعترافه بالتأجير التمويلي المباشر، أما المشرع الجزائري فلم يشترط سبق الشراء، المشرع الجزائري نظّم عقد التأجير التمويلي في الإيجار التمويلي للمنقولات و التأجير التمويلي للعقارات.

أمّا بالنسبة لخصائص عقد التأجير التمويلي فإنه يتميز بخصائص عامة و خصائص خاصة يتفرد بها عن باقي العقود التي قد تشتبه به و منها الخيارات الثلاثة التي يتمتع بها المستأجر في نهاية المدة و التي تعتبر إحدى ضوابط تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي.

الفصل الأول

النظام القانوني لعقد الإيجار التمويلي

تمهيد:

من العقود التي ظهرت في الآونة الأخيرة عقد الإيجار التمويلي، فهو يجمع الكثير من القواعد القانونية الخاصة ببعض العقود التي نظمها المشرع، ولذلك اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي ويرجع السبب في ذلك إلى عدم استقرار النظام القانوني لهذا الشكل الجديد من العقود، وإذا كان هذا هو السبب الرئيسي للخلاف إلا أن هناك سببين آخرين هما تشابك العلاقات القانونية المتولدة عن هذا العقد، أما السبب الآخر هو حداثة هذا النوع من العقود، حيث أن المنازعات التي أثيرت بخصوص هذه العقود لم تعط الفرصة للفقه لوضع تصور كامل لتكييف هذه الأشكال الجديدة من هذه العقود، وكثيرا ما تثار مشاكل بشأن إبرام وتنفيذ هذه العقود التي تلقى على عاتق القضاء مهمة البحث عن القواعد المطبقة عليها، وهنا تظهر أهمية تكييف هذه العقود حتى يسهل على القاضي معرفة القواعد القانونية المطبقة عليها.

وعليه سندرس في هذا الفصل تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي كمبحث أول وكيفية إبرام هذا العقد من خلال بيان أركانه الموضوعية وشروطه الشكلية في مبحث ثان.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي

تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي لها أهمية بالغة، إذ من شأنها أن تحدد حقوق والتزامات طرفي العقد، فمن خلالها يمكن وضع العقد في إطاره القانوني الصحيح، ونتجنب بذلك إسباغ صفات غريبة عن مضمون هذا العقد فتشّوه صورته وتضيع حقوق أطرافه.

ولتحديد الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي لا بد من التمييز بينه وبين بعض العقود التي قد تختلط به كعقد الإيجار والوكالة والبيع لأن عقد الإيجار التمويلي يستمد بعض أحكامه من هذه العقود، وهذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: التمييز بين عقد الإيجار التمويلي وبعض العقود التي تشتبه به

يشتبه عقد الإيجار التمويلي ببعض العقود كعقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد البيع والقرض وعقد البوت وهذا ما سندرسه تباعا محاولين تبيان أوجه الشبه والاختلاف في كل عقد من هذه العقود.

الفرع الأول: عقد الإيجار التمويلي وعقد الإيجار

من أحد عناصر عقد الإيجار التمويلي هو وضع الآلات والمعدات والأشياء المملوكة لشركة التأجير التمويلي تحت يد المستأجر (المستفيد) على سبيل الإيجار، بل إن عقد الإيجار التمويلي يتضمن عند إبرامه وعدا ملزما للطرفين بإيجار الآلات أو المعدات المزمع شراؤها، وهذا ما حذا ببعض الفقهاء إلى تكييف عقد الإيجار التمويلي بأنه وعد ملزم للطرفين بالإيجار، حيث أن توقيع عقد الإيجار التمويلي يتم قبل شراء محل هذا العقد وذلك قياسا على نص المادة 1089 من التقنين المدني الفرنسي[1] والتي تقابل المادة 71 [2]من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بأن الوعد بالإيجار قياسا على الوعد بالبيع يصبح إيجار بالمعنى الصحيح متى عينت المسائل الجوهرية لهذا الإيجار المراد إبرامه، فيجب أن يكون ملزما للجانبين وأن يكون محل العقد موضحا والثمن محددا وكذلك تحديد مدة الإيجار وهذا ما يتضمنه عقد الإيجار التمويلي، أي أن هذا الجانب من الفقه يرى في عقد الإيجار التمويلي بأنه وعد ملزم للطرفين بالإيجار الذي سيصبح عقد لإيجار الآلات أو المهمات محل العقد عند استلامها من المنتج أو المورد.

ويترتب على تكييف عقد الإيجار التمويلي بأنه وعد ملزم للجانبين بالإيجار إذا لم يستطع أحد طرفي الوعد الوفاء بالتزاماته لا يستطيع الطرف الآخر التنفيذ العيني وإنما له المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

[1] - فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص47.

[2]- تنص لمادة 71 ق م ج على أنه:" الإتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها" .

إن تكييف عقد الإيجار التمويلي بأنه وعد بإيجار الآلات والمعدات لا يتفق مع ما يجري عليه العمل عند إبرام هذا العقد [1] حيث أن شركة التأجير التمويلي توقع عقد الإيجار التمويلي مع المشروع المستفيد (المستأجر) وتوقع في نفس الوقت عقد شراء الآلات والمعدات التي يحتاجها المشروع ولا يبقى سوى قيام المستأجر نيابة عن شركة التأجير التمويلي باستلام هذه الأشياء.

أولا: التفرقة بين عقد الإيجار التمويلي وعقد الإيجار العادي:

يتشابه العقدان في التزام المؤجر في كل منهما بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء محل عقد الإيجار مقابل التزام هذا الأخير بأداء الأجرة المتفق عليها طوال مدة العقد[2]، وتنص المادة 467 من القانون المدني الجزائري على أن " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء محدد مقابل بدل إيجار معلوم" وحيث أن عقد الإيجار هو عنصر أساسي في عملية الإيجار التمويلي، وكانت القواعد العامة التي تحكمه تتسم بالطابع المكمل.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين العقدين:

بالرغم من أن عنصر الإيجار يعتبر من العناصر التي يكيف بها عقد الإيجار التمويلي إلا أن هذا العقد يتميز عن الإيجار من الأوجه التالية:

- غاية عقد الإيجار التمويلي هو التمويل، أما في عقد الإيجار العادي فلا توجد هذه الغاية.
- التأجير التمويلي غالبا ما ينتهي بتملك المستأجر للأصل محل عقد التأجير إذا أعمل خيار الشراء المقرر له[3] وهذا خلاف عقد الايجار العادي الذي يلتزم برد الشيء المؤجر بالحالة التي تسلمها من المؤجر.
- عقد الإيجار العادي عقد بسيط يقتصر على طرفيه المؤجر والمستأجر وبموجبه يلتزم الأول بتمكين الثاني من الإنتفاع بالعين المؤجرة خلال مدة العقد مقابل دفع بدل إيجار، أما عقد الإيجار التمويلي يعتبر عقدا مركبا يتدخل أكثر من شخص في تنفيذه.
- عقد الإيجار العادي يتملك المؤجر الأشياء التي يقوم بتأجيرها قبل التأجير، أما في عقد التأجير التمويلي فإن المؤجر قد لا يمتلك تلك الأصول المؤجرة وإنما يقوم بشرائها بعد توقيع العقد بناءًا على طلب المستأجر الذي قام باختيارها وحدد مواصفاتها بما يتفق مع طبيعة نشاطه.
- اختلاف الالتزامات التي يرتبها عقد التأجير التمويلي على عاتق طرفيه، عن عقد الايجار العادي كالتزام المستأجر في عقد التأجير التمويلي بالصيانة وضمان العيوب الخفية وتحمل تبعة هلاك المال المؤجر بقوة قاهرة وهو ما لا يوجد في عقد الايجار العادي .

---

[1] – علي سيد قاسم، الجوانب القانونية لعقد الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، مصر 1999، ص31 .

[2] – حول تعريف عقد الايجار أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الايجار و العارية، دار إحياء التراث العربي لبنان، ص03 .

– رمضان أبو السعود، العقود المسماة عقد الايجار، الأحكام العامة في الايجار، منشأة المعارف، مصر1996، ص25 .

[3]– أنظر المادة 16 من الأمر 96- 09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري .

- ارتفاع قيمة الأجرة التي يدفعها المستأجر في عقد التأجير التمويلي عن الأجرة في عقد الايجار العادي وذلك لأنها لا تمثل فقط مقابل الإنتفاع كما هو الحال في عقد الايجار العادي وإنما يأخذ في الاعتبار عند تقديرها ثمن الشراء و المصاريف وهامش ربح[1].

- هناك خيارات ثلاثة يتمتع بها المستأجر عند نهاية عقد التأجير التمويلي إما شراء الأشياء محل عقد التأجير التمويلي وإما تجديد العقد لمدة أخرى وتكون بدلات الإيجار أقل من سابقتها وإما رده إلى شركة التأجير التمويلي، بينما تختفي هذه الخيارات في عقد الايجار العادي إذ يلتزم المستأجر برد الأشياء المؤجرة عند نهاية العقد[2].

ويتبن مما سبق أن عقد الايجار هو عنصر من ضمن مجموعة عناصر قانونية اندمجت فيما بينها لتكون هذا النمط القانوني الجديد هو عقد الإيجار التمويلي الذي يبقى مستقلا عن عقد الايجار، ولذا ذهب بعض الفقه إلى تكييف عقد التأجير التمويلي بأنه عقد وكالة.

الفرع الثاني: عقد الايجار التمويلي وعقد الوكالة

عرّف المشرع الجزائري الوكالة في المادة 571 من القانون المدني الجزائري بقولها: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه"، وقد عرّف المشرع الفرنسي الوكالة في المادة 1984 من التقنين المدني بأنها: " العقد الذي بواسطته يعهد شخص إلى آخر سلطة القيام بشيء ما لمصلحة الموكل وباسم الموكل"، ويتضح أن الوكيل يؤدي العمل القانوني باسم الموكل ولحسابه[3].

وقام الخلاف حول ما إذا كانت الوكالة تشكل أحد الالتزامات التعاقدية التي يتكون منها عقد الايجار التمويلي إلى اتجاهين، ففريق يقر فكرة الوكالة ولكنهم اختلفوا في تحديد شخص الوكيل وبيان من هو الأصيل، وفريق ينكر فكرة الوكالة ويعتبرها غير مجدية وذلك على التفصيل التالي:

الإتجاه الأول: اتفق أصحاب هذا الاتجاه على أن الوكالة هي أحد العناصر الجوهرية التي تدخل في تكوين عقد الايجار التمويلي ولكنهم اختلفوا في تحديد طرفي الوكالة وانقسموا إلى رأيين[4]:

الرأي الأول: يرى أن شركة التأجير التمويلي تكون هي الوكيل الذي ينوب عن المشروع المستفيد في تولي عملية شراء المعدات أو التجهيزات التي سبق لهذا الأخير انتقاءها وتحديد مواصفاتها بما يتفق وطبيعة نشاطه، ولعل هذا ما دفعهم إلى تفسير سبب إعفاء المؤجر من المسؤولية المدنية الناشئة عن ضمان العيوب الخفية التي قد تظهر في هذه الأصول والمعدات أثناء مدة الايجار.

---

[1] -Bey et Gavalda – Le crédit-bail mobilier, op.cit, p67.

[2] – إبراهيم سيد أحمد، عقد الوكالة فقها وقضاءا، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص15.

[3] – علي سيد قاسم ، الجوانب القانوني لعقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص31.

[4] – يتزعم هذا الاتجاه الغرفة الوطنية للمستشارين الماليين في فرنسا

La chambre nationale des counsseiller financier, Le Leasing Formule d'équipement. Avr 1995, p13.

تقييم الرأي الأول: من شروط الوكالة هو أن الوكيل يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه وبالتالي انصراف أثار العقد الذي أبرمه الوكيل إلى الموكل (الأصيل)، وبتطبق هذه الأحكام على عقد الايجار التمويلي نجد أن شركة التأجير التمويلي وكيلا عن المشروع المستفيد يؤدي إلى فقدان عقد الايجار التمويلي وظيفته كوسيلة تمويل، لأن آثار هذه الوكالة تنصرف مباشرة إلى المستأجر الأمر الذي يترتب عليه انتقال ملكية الأشياء محل عقد التأجير التمويلي إلى المستأجر ولا يلتزم بردها بعد انقضاء مدة الايجار، بهذا التحليل يتحول عقد التأجير التمويلي إلى مجرد ستار يخفي بيعا مؤجل الثمن مما يفقد هذا العقد ذاتيته وينصرف عن غرضه التمويلي[1].

والقول بأن الوكالة هي التي تعفي شركة التأجير التمويلي من ضمان العيوب الخفية ليس على إطلاقة وإنما يرجع ذلك لاعتبارات منها أن طرفا أقوى في عقد التأجير التمويلي، فهو أقرب إلى عقود الإذعان[2] التي يملي فيها الطرف القوي من الشروط التي تحقق مصالحه.

الرأي الثاني: ذهب هذا الرأي إلى أن عقد التأجير التمويلي عقد وكالة تكون فيه شركة التأجير التمويلي موكلا والمشروع المستفيد وكيلا، فشركة التأجير التمويلي تفوض المستفيد باختيار الأصول الإنتاجية محل عقد الايجار التمويلي وشرائها، وبهذا تنتقل ملكية تلك الأصول إلى شركة التأجير التمويلي.

النقد الموجه للرأي الثاني: هذا الرأي يقصر دور شركة التأجير التمويلي في هذه الحالة على التمويل فقط وهذا ما يفسر إعفاءها من التزامات المؤجر التقليدية كالالتزام بالتسليم والإلتزام بالضمان[3] لأن المستأجر هو الذي يتولى اختيار الأشياء المؤجرة وتحديد مواصفاتها الفنية بما يتفق وطبيعة نشاطه، فيكون هو المسؤول عن سوء اختياره إذا اتضح عدم صلاحيتها لأداء الغرض الذي يتم التأجير من أجله والذي يجب عليه بذل عناية الرجل العادي وهو بصدد تنفيذ وكالته[4].

الإتجاه الثاني: ينكر فكرة الوكالة ويستعيض عنها بأنظمة وقوالب قانونية أخرى، كالإشتراط لمصلحة الغير، وبموجب هذا النظام القانوني يشترط المؤجر على البائع أن يعطي المستأجر كل ما يعطيه المركز القانوني للمشتري، ويترتب على ذلك عدة نتائج منها أن المستأجر باعتباره يأخذ المركز القانوني للمشتري (شركة التأجير التمويلي) يستطيع أن يدفع بكل الدفوع المتاحة للمشتري في مواجهة البائع أو المورد، ويمكن للمستأجر أن يستعمل دعوى الضمان ودعوى عدم التعرض في مواجهة البائع ولكنه ليس له حق مباشرة دعوى فسخ عقد البيع ؛ وهناك قوالب قانونية أخرى يستعيض بها أصحاب هذا الرأي عن فكرة الوكالة منها الإنابة في الوفاء La delegation وبموجب هذه الوسيلة تنيب شركة التأجير التمويلي البائع في تنفيذ التزامه بالتسليم وبضمان العيوب الخفية المترتبة

---

[1] – علي سيد قاسم، الجوانب القانونية لعقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص31.

[2] – يعتبر الفقيه الفرنسي Saleilles أول من قام بتسمية Les contrats d'adhésions أي عقود الانضمام، أما التسمية العربية فهي من ابتداع الأستاذ السنهوري حيث يقول :"وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الإضطرار في القبول " بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة وع قوانين فرنسا و ألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر 2007.

[3] – المادة 488 ق م ج ا.

[4] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل والمقاولة والوكالة والوديعة الحراسة، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان 1964، ص464.

على عقد البيع إلى المشروع المستفيد من عقد الإيجار التمويلي (المستأجر)، ومن هذه الأنظمة فكرة الحلول La subrogation وبموجب هذه الوسيلة يحل المشروع المستفيد محل شركة التأجير التمويلي في حقوقها المترتبة على عقد البيع في مواجهة البائع أو حوالة الحق La cession de créance إلى المشروع المستفيد وبموجب هذه الوسيلة تحيل شركة التأجير التمويلي حقوقها من البائع إلى المشروع المستفيد.

والوكالة قد تكون في عقد الإيجار التمويلي صريحة ينص عليها عقد الإيجار التمويلي وقد تكون وكالة ضمنية تستشف من بنود عقد الإيجار التمويلي.

تعتبر الوكالة في عقد الإيجار التمويلي وكالة في مصلحة الطرفين الوكيل (المشروع المستفيد) والأصيل شركة التأجير التمويلي، ويترتب على ذلك عدم جواز عزل الوكيل أو المستفيد من الوكالة دون موافقة كل من الطرفين

ويتضح مما سبق أنّ الوكالة لا تصلح كأساس لتكييف عقد الإيجار التمويلي وإنما هي عنصر من ضمن العناصر التعاقدية الأخرى التي اندمجت لتعطينا هذا النمط العقدي الجديد ومن هذه العناصر عقد البيع وهذا ما سنبحثه حالا.

الفرع الثالث: عقد الإيجار التمويلي وعقد البيع

للمستأجر في نهاية عقد الإيجار التمويلي، الخيار في أن يتملك هذه الأشياء مقابل الثمن المتفق عليه في العقد، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى محاولة التقريب بين عقد الإيجار التمويلي وبعض صور عقد البيع ، كالبيع الإيجاري ، والوعد بالبيع ، والبيع بالتقسيط وهذا ما سنتناوله تباعا.

الفقرة الأولى: عقد الإيجار التمويلي وعقد البيع الإيجاري:

البيع الإيجاري عقد يتم بين المؤجر والمستأجر، وبموجبه يؤجر الأول للثاني الشيء محل العقد للانتفاع به لمدة معينة بأجرة شهرية أو أقساط تدفع في فترات زمنية محددة في العقد على أساس أنه إذا وفى المستأجر بجميع الأقساط في نهاية المدة المتفق عليها تنتقل إليه ملكية الشيء وبأثر رجعي إلى يوم إبرام العقد[1].

لكن اختلف الفقه في تكييف هذه العقود وكان الجدل دائرا حول اعتبار هذا العقد في بدايته إيجارا ثم ينقلب بيعا عند الوفاء بالأقساط أم أنه يعتبر بيعا منذ البداية حتى يكون الثمن مقسطا، ولكنه استقر على أن هذا العقد يعتبر منذ البداية بيعا أجل فيه الثمن وعلّق فيه انتقال الملكية إلى المشتري على شرط واقف[2] هو الوفاء بالثمن، أما سبب لجوء الأطراف لفكرة الايجار ما هي إلا تأمين للبائع لاستيفاء الثمن.

---

[1]- إبراهيم أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1984، ص26.
وراجع أيضا عبد المنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع، مكتبة السيد عبد الله وهب 1970 د ب ن.

[2] – سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة عقد البيع، طبعة رابعة، عالم الكتاب، القاهرة، ص87.
– محمد علي عمران، الوجيز في عقد البيع، طبعة 2004، د د ن، ص23.
– جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، مصر 1982، ص19.

أولا: أوجه الشبه بين عقد الايجار التمويلي وعقد البيع الايجاري:

إن المستأجر في كلا العقدين يحوز الأشياء على سبيل الإيجار ويلتزم بدفع أقساط دورية خلال فترة زمنية محددة، فعملية البيع الإيجاري تتكون من عقد بيع وعقد إيجار، فعند انتهاء عقد الإيجار ودفع جميع الأقساط المتفق عليها تنتقل ملكية الأشياء إلى المستأجر بناء على وعد بالبيع ملزم للجانبين، وكذلك الأمر في عقد الإيجار التمويلي حيث يضمن هذا العقد وعدا بالبيع ولكنه وعد ملزم للمؤجر فقط وليس للجانبين في حالة ممارسة خيار الشراء من طرف المستأجر وفي هذه الحالة يتشابه العقدان.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين عقد الايجار التمويلي وعقد البيع الايجاري:

– الوعد بالبيع في عقد البيع الإيجاري هو وعد ملزم للجانبين إذ تنتقل ملكية الأشياء محل عقد الإيجار للمستأجر بمجرد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد في حالة وفائه للمؤجر بجميع أقساط الأجرة المتفق عليها، أما في الوعد بالبيع في عقد الإيجار التمويلي هو وعد ملزم لجانب واحد هو شركة التأجير التمويلي.

– في عقد الإيجار التمويلي يتوقف انتقال ملكية الشيء المؤجر إلى المستأجر على إرادته إذا قرر استعمال خيار الشراء بما يتفق مع ظروفه وتنتقل ملكية الشيء المؤجر ابتداءًا من تاريخ إبرامه عقد الشراء مع المؤجر بشرط أدائه لكامل الثمن المتفق عليه في العقد[1]، أمّا في عقد البيع الايجاري حيث أن انتقال الملكية لا يتطلب من المستأجر تعبيرًا عن إرادته بالتملك فالملكية تنتقل إلى المشتري بعد أدائه لجميع الأقساط المتفق عليها[2].

– التأجير التمويلي يشترط في المال محل عقد الإيجار التمويلي سواء كان منقولاً أو عقارًا أن يكون لازمًا لمباشرة نشاط إنتاجي[3] أو مهني أما في البيع الايجاري فهذا الشّرط لا محل له[4].

الفقرة الثانية: عقد الإيجار التّمويلي وعقد الوعد بالبيع:

الوعد بالبيع الملّزم لجانب واحد[5] هو أن يعد شخص أن يبيع لشخص آخر عينًا معينة بثمن معلوم إذا قبل الآخر أن يشتري بشروط متفق عليها خلال مدة معينة فيقبل الطرف الآخر، فيرتبط الأول بهذا الوعد دون أن يرتبط الطرف الثاني بأي شيء.

قد اختلف الفقه في تكييف الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، فذهب البعض إلى اعتباره بيعا معلقا على شرط واقف هو استعمال الموعود له حقه بالشراء، ويترتب على ذلك أن يكون لقبول الموعود له بالشراء أثر رجعي من وقت إبرام العقد، ولكن هذا الطرح غير سليم لأنه يفترض توافق إرادة الطرفين على البيع والشراء من وقت إبرامه، وهذا غير صحيح لأن إرادة الطرفين الواعد والموعود له لم تتجه إلى شيء من ذلك وبالتالي لا يمكن اعتبار الوعد بينهما بيعا معلقا على شرط.

---

[1]– أنظر المادة 16 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري .

[2]– حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، دراسة قانونية مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر 2007، ص96.

[3] – أنظر المادة 7 و 8 من الأمر 96-09 السابق الذكر.

[4] – حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لإيجار الطائرة، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية جامعة أسيوط، العدد الثاني والعشرون، 1999، ص123.

[5] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية و قضائية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر 2008، ص182.

أمّا الرأي الثاني، فقد ذهب إلى أنّ الوعد بالعقد[1] ومنه الوعد بالبيع من جانب واحد هو وعد منجز غير معلق على شرط لأن الواعد يلتزم به من وقت إبرام العقد إلى حين انتهاء المدة المحددة للبقاء على إيجابه، أما الرّأي الرّاجح فقد ذهب إلى أنه عقد غير مسمى يتميز ببعض الأحكام التي تبعده عن عقد البيع[2].

ويجد الوعد المنفرد بالبيع تطبيقًا له في عقد الايجار التّمويلي حيث أن شركة التأجير التمويلي هي وحدها التي تلتزم بموجب وعد منفرد بالبيع، بنقل الشيء المؤجر إلى المشروع المستفيد في نهاية مدة العقد إذا أعمل خياره بالشراء، وما يمكننا قوله هو أن الوعد بالبيع هو عنصر من عناصر التأجير التمويلي الأساسية الدّاخلة في تكوينه بحيث لا يمكن وصف هذا الأخير بأنه عقد تأجير تمويلي في حالة عدم احتوائه على وعد بالبيع فإذا لم يكن يتضمن هذا الوعد؛ عدّ العقد إيجارًا عاديًا لا تأجير تمويلي، فالوعد بالبيع يعتبر قالب من القوالب القانونية التي اندمجت فيما بينها و أعطتنا هذا الشكل القانوني الجديد وهو عقد الإيجار التمويلي.

الفقرة الثالثة: عقد الإيجار التمويلي وعقد البيع بالتقسيط:

البيع بالتقسيط[3] هو عقد يتم بين البائع والمشتري على أن يتم نقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه في الحال إلى المشتري على أن يسدد ثمنه على أقساط دورية قد تكون شهرية أو سنوية، أو حسب الاتفاق.

ولما كانت الملكية في المنقولات تنتقل إلى المشتري بمجرد الاتفاق على البيع[4] سواء تم الوفاء بالثمن فورا أو تم تأجيله أو دفعه على أقساط ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك، فإن البائع قد يتعرض لمخاطر عديدة كالإفلاس أو الإعسار، إذ يسقط حقه في الفسخ وفي الامتياز في حالة إفلاس المشتري قبل سداده باقي الثمن المتفق عليه، فيدخل كدائن عادي في تفليسة المشتري ويخضع لقسمة الغرماء ، والمشتري قد يتصرف بالبيع في الشيء المبيع له ويسلمه إلى مشتر ثان حسن النية قبل أدائه بقية أقساط الثمن للبائع الأصلي، وفي هذه الحالة لا يستطيع البائع استرداد المبيع بعد حصوله على حكم بالفسخ لتمسك المشتري الثاني بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[5] إلا إذا إذا أثبت سوء نية المشتري الثاني المتصرف إليه.

ونظرا للمخاطر التي قد يتعرض لها البائع خاصة في حالة إفلاس المشتري أو إعساره فقد يلجأ إلى إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية، وحتى يتم أداء ثمن الشيء المبيع كله للبائع وهو شرط صحيح يجوز الاتفاق عليه[6] باعتبار أن قواعد عقد البيع، بصفة عامة هي قواعده مكملة.

---

[1] – راجع المادة 71 و 72 ق م.

[2] – إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المساة، عقد البيع، القاهرة 1958، ص65.

– أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة في القانونين المصري واللبناني، بيروت، ص85.

[3] – حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت1989، ص38 .

[4] – لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع ، مرجع سابق، ص290.

[5] – كمال محمد أبو سريع، القانون التجاري في العقود التجارية، دار النهضة العربية، د ب ن1998، ص32.

[6] – نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، مرجع سابق، ص 112. وأنظر كذلك فيما يتعلق بهذا الشرط نص المادة 363 ق م ج .

ويقع الشبه بين عقد الإيجار التمويلي وبين البيع بالتقسيط عندما يقرر المستأجر في عقد الإيجار التمويلي شراء الأموال المؤجرة في نهاية العقد، كما أن الوظيفة الائتمانية[1] لكلا العقدين تقربهما من بعضهما البعض، فالبائع في عقد الإيجار التمويلي يحصل على ثمن الأموال محل العقد حالاً من المؤجر الذي يمنح ائتمانًا للمستأجر الذي يسعى للحصول عليه ويمنح للمستأجر في الوقت نفسه الحق في تملك الأموال في نهاية مدة العقد، ومع هذا فإن العقدين يختلفان من حيث:

- في البيع بالتقسيط تنتقل الملكية إلى المشتري من تاريخ إبرام عقد البيع في حين أن الملكية في عقد الايجار التمويلي تنتقل منذ إعلان المستأجر عن رغبة في ممارسة خياره بالتملك وإبرام عقد الشراء، بمعنى انه ليس هناك أثر رجعي.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد بيّن في المادة 2/16من الأمر 96- 09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري، بأن الملكية لا تنتقل إلى المستأجر إذا اشترى المال المؤجر إلا إذا قام بتسديد كامل الثمن المحدد في العقد وفي هذا يتفق مع المشرع المصري في حين نجد بعض التشريعات العربية لم تشر إلى هذا الحكم[2].

- إذا كانت ملكية المبيع في البيع بالتقسيط لا تنتقل إلا من وقت البيع فإنه في حالة إفلاس المشتري فإن البائع لا يستطيع أن يسترد الشيء المبيع من تفليسة المشتري لأن المبيع أصبح ملكا لهذا الأخير وداخلا في الضمان العام لدائنيه.

أمّا في عقد الايجار التمويلي فنظرًا إلى أن الملكية تنتقل بمجرد ممارسة المستأجر لخياره بالشّراء، فإن إفلاس المستأجر أو إعساره قبل ممارسة هذا الخيار لا يضار منه المؤجر ويكون له استرداد الأموال من التفليسة وهذا استنادا إلى القاعدة التي قررها قانون الاعتماد الايجاري وهي عدم دخول الأموال المؤجرة ضمن الضمان العام للدائنين ولا يدخل في ضمن موجودات التصفية أو التفليسة.

- يختلف العقدان من حيث نية الأطراف، ففي البيع بالتقسيط تتجه النية منذ البداية نحو بيع الأموال محل العقد و كل ما في الأمر أن الوفاء بالثمن يؤجل فترة زمنية معينة ليتمكن المشتري من دفع الثمن حالاً، أما في عقد الإيجار التمويلي فإن نيّة الأطراف تنصرف إلى تمويل أحدهم للآخر ومساعدته في الحصول على بعض الأجهزة والمعدات التي لا يستطيع شرائها بإمكانياته الخاصة.

- التأجير التمويلي يشترط في المال محل عقد التأجير التمويلي سواء كان منقولا أو عقارا أن يكون لازما لمباشرة نشاط إنتاجي للمستأجر طبقا للمادة الأولى والمادة الثامنة من الأمر 96- 09 المتعلق بعقد الإيجار التمويلي، أمّا في البيع بالتقسيط لا يشترط ذلك.

[1] – مصطفى منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص22.

[2]– التشريع الأردني لم يأخذ بهذا الحكم.

الفرع الرابع: التمييز بين عقد الإيجار التمويلي وعقد القرض

عقد القرض هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إل المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرده إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته[1].

أمّا في اصطلاح الإقتصاديين هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النّقود على أن يرده إليه عند نهاية مدة القرض وذلك مقابل فائدة[2].

لذا ذهب بعض الفقهاء [3] إلى تكييف عقد الإيجار التمويلي على أنه قرض تمنحه شركة التأجير التمويلي إلى المشروع المستفيد في صورة تمويل عيني يتمثل في الآلات والمعدات التي يحتاجها هذا المشروع وبالمواصفات التي تتفق مع طبيعة نشاطه، ويتقرر لهذا الأخير الانتفاع بتلك الآلات والمعدات بموجب عقد إيجار وفي المقابل يمثل احتفاظ شركة التأجير التمويلي بملكية الأصل المؤجر طوال مدة العقد الضمان الحقيقي لاسترداد التمويل الممنوح للمشروع المستفيد في صورة القرض.

الفقرة الأولى: تقريب عقد الإيجار التمويلي من عقد القرض:

يشتبه العقدين في الآثار المترتبة على عقد القرض، فالمشروع المستفيد يستبدل القرض النقدي بقرض عيني، فبدلا من الحصول على القرض في صورة نقدية وشراء ما يحتاجه من معدات وآلات لتشغيل مشروعه، ثم بعد ذلك يقوم بسداد مبلغ القرض لشركة التأجير التمويلي على أقساط تدفع بشكل دوري مع الفوائد المستحقة عن هذا المبلغ، فإنه يحصل على القرض من شركة التأجير التمويلي في صورة عينية بناءًا على الطّلب الذي يتقدم به إلى شركة التأجير التمويلي(المقرض) ، فتمول مشروعه بشراء ما يحتاج إليه وتؤجرها له لمدة محددة، ثم يرد مبلغ التمويل على أقساط تدفع بشكل دوري حيث أن هذه الأخيرة تحدد بشكل يسمح بتغطية ثمن شراء الأصل المؤجر والفائدة وهامش ربح مرض.

ويتضح مما سبق أن المقترض وهو المشروع المستفيد يحصل في الحالتين على الائتمان ويسدده على أقساط تدفع بشكل دوري مع الفائدة المستحقة من المبلغ.

الفقرة الثانية: هدم التقريب بين العقدين:

عرّفت المادة 450 من القانون المدني الجزائري القرض الاستهلاكي بأنه "قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع، القدر والصفة"، فيصبح القرض من العقود الواردة على الملكية، وبموجب عقد القرض تنتقل ملكية الشيء من المقرض إلى المقترض[4]. ويتضح من المادة السالفة الذكر أن المقترض لا يلتزم برد نفس الأشياء التي اقترضها بل يرد أشياء مماثلة لها في المقدار والنوع والصفة، ويترتب على ذلك أن المقترض إذا تصرف في الأشياء محل العقد لا

---

[1]- أنظر المادة 450 ق م ج .

[2] – عبيد علي الحجازي، مصادر التمويل، دار النهضة العربية، القاهرة 2006، ص72.

[3]- Calon , La location des biens d'équipement ou leasing 1964, p98.

[4]- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة و القرض، مرجع سابق، ص440 .

يعد مبددا ومرتكبا لجنحة خيانة الأمانة التي يعاقب عليها القانون، بخلاف عقد التأجير التمويلي إذا تصرف المستأجر في الأصل المؤجر فإنه يكون قد بدد الأمانة وارتكب جريمة خيانة الأمانة التي يعاقب عليها القانون.

الفرع الخامس: عقد التأجير التمويلي وعقد البوت B.O.T

عقد البوت B.O.T يتكون من الحروف الثلاثة الأولى لثلاث كلمات وهي:

B: Build تعني بناء أو تشغيل.

O: Operate تعني تشغيل.

T: Transfer owner ship تعني نقل الملكية.

يعرّف عقد البناء والتّشغيل ونقل الملكية الذي يعرف بعقد البوت، بأنها العقود التي تبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها وبين طرف خاص وطني أو أجنبي يتخذ عادة شكل شركة أو مجموعة شركات تسمى بشركة المشروع، وذلك بهدف تشييد أو بناء أحد المرافق العامة على نفقة هذه الشركة ثم تقوم بتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم تقوم بنقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة [1] .

وحقيقة هذا العقد أنه عقد التزام مرفق عام تحكمه المبادئ العامة للعقود الإدارية والتي من أهمها حق الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

أولا: يتشابه عقد البوت مع عقد التأجير التمويلي في الآتي:

- أنهما من عقود التمويل للمشروعات ووسيلة للتنمية الإقتصادية.

- أنهما من العقود التي تحتاج إلى توافق إرادتين فضلا عما يلزم إبرامهما من ضرورة إبرام العديد من العقود والإتفاقيات للوصول للغاية النهائية لإبرام العقد (البوت أو التأجير التمويلي).

- يترتب على عقد التأجير التمويلي وعقد البوت نقل ملكية الأموال في نهاية مدة العقد، لكن نقل الملكية في عقد البوت يكون إلزاميا أما في عقد التأجير التمويلي يكون على سبيل الخيار.

ثانيا: أما أوجه الاختلاف فتؤسس على مايلي:

- ينصب عقد البوت على إنشاء وتشغيل وتسيير مرفق عام بواسطة الملتزم مع احتفاظ الجهة الحكومية بحق السيطرة والرقابة والإشراف عليه حتى انتقال ملكيته إليه في نهاية فترة الامتياز وبهذا يختلف عن عقد الإيجار التمويلي[2] الذي ينصب على تأجير أموال إلى المستأجر دون أن يلتزم بأي أعباء لاختلاف غايتهما، ففي حين يهدف الأول لتقديم خدمة عامة وإشباع حاجات الأفراد فإن عقد التأجير التمويلي يهدف لتقديم تمويل يشبع حاجة شخصية للمستأجر كتوفير السّيولة أو الآلات والمعدات أو تحديثها[3] .

---

[1] – لمزيد من التفاصيل حول مفهوم عقود البوت وماهيتها أنظر محمد الروبي، عقود التشييد والإستغلال والبناء والتسليم، دار النهضة العربية 2004 ص17 وما بعدها.

[2] – إبراهيم الشهاوي، الإمتياز بنظام البوت واهميته الإقتصادية، مجلة مصر المعاصرة 2004، العدد476 السنة الخامسة والتسعون، ص320.

[3] – ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود البوت، دار النهضة العربية 2005، ص161.

- التوازن المالي بمفهوم العدالة يشكل أ حد الملامح الأكثر أصالة للنظام القانوني لعقد البوت كأحد العقود الإدارية إذ تتعاون الإدارة والملتزم بغية إنجاز عمل محدد وتأمين خدمة لأفراد المجتمع وهذا على نقيض ما هو عليه عقد التأجير التمويلي، إذ أن العلاقة التعاقدية بين طرفيه تتسم بالإختلاف والتنازع فالمؤجر يهدف لتحقيق أكبر عائد ممكن مع أقل مخاطرة ممكنة والمستأجر يحاول الحصول على الأموال بأقل تكلفة ممكنة مع أفضل مزايا.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الإيجار التمويلي

لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الايجار التمويلي أهمية كبيرة إذ من شأنها أن تحدد حقوق والتزامات طرفي العقد، فمن خلالها يمكن وضع العقد في إطاره القانوني الصحيح ونتجنب بذلك إسباغ صفات غريبة عن مضمون هذا العقد فتشوه صورته وتضيع حقوق الأطراف المتعاقدة.

الفرع الأول: الآلية القانونية لتحقيق عقد الإيجار التمويلي

إذا اتبعنا خطوات تنفيذ عقد الإيجار التمويلي نجد أنه يبدأ بتقديم طلب من أحد المشروعات التجارية أو الصناعية إلى إحدى شركات التأجير التمويلي لتمويل مشاريعها بشرائها ما يلزم من آلات ومعدات أو تجهيزات أو استبدالها وإحلال تجهيزات أخرى لمسايرة التطور التكنولوجي الذي أصبح يميز هذا العصر، ويكون هذا الطلب مبين فيه المعلومات ويرفق بمستندات تبين المركز المالي والقدرة على السّداد، وعلى ضوء تلك المعلومات تقرر شركة التأجير التمويلي إما قبول التّمويل أو الرّفض، وفي حالة القبول تفوض الشركة المشروع التفاوض مع مورد أو منتج الآلات التي اختارها بنفسه فيما يتعلق بأسعار تلك الآلات واستلامها مع تحرير محضر بالاستلام يثبت فيه حالة تلك الآلات ومدى مطابقتها للمواصفات الفنية، ويتضح مما سبق أن دور شركة التأجير التمويلي هو دور تمويلي بحت يقتصر على دفع ثمن الآلات دون التدخل في مواصفاتها الفنية، ولذا فلا تلتزم بضمان العيوب الخفية وتؤجر الشركة تلك الآلات للمشروع المستفيد لمدة غير قابلة للإلغاء قبل انقضاء المدة المتفق عليه والمحددة في العقد إلا باتفاق الطرفين مقابل القيمة الايجارية التي يتفقان عليها، ويتمتع المستأجر في نهاية العقد بثلاث خيارات، إما شراء المال المؤجر، إما تجديد العقد أو رد المال المؤجر لشركة التأجير التمويلي.

وعليه يتبين لنا أن عقد الايجار التمويلي عقد ذو طبيعة قانونية خاصة اكتسبها من الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه وهو تمويل المشروعات التجارية والصناعية، فهو عقد ذو طابع مالي، وعقد مركب، ويتكون من عدة قوالب قانونية متعددة كالوعد بالإيجار، الوكالة، الايجار والوعد بالبيع من جانب واحد، وقد اندمجت وانصهرت فيما بينها لتكون لنا هذا المزيج القانوني Un montage complexe .

وقد ترتب على ذلك أنها فقدت بعض خصائصها و لم تعد محتفظة باستقلالها حيث تم تطويعها لهدف محدد وهو تمكين هذا العقد المركب من أن يصبح أداة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية للمشروعات.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري هذا العقد ذو طبيعة خاصة ويتضح ذلك من خلال نص المادة 10 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الايجاري حيث نصت على ما يلي: "لا يمكن أن يدعى العقد الايجاري كذلك مهما كانت الأصول التي تعلق الأمر بها ومهما كان عنوان العقد إلا إذا حرر بكيفية تسمح بالتحقق دون غموض بأنه:

- يضمن للمستأجر الاستعمال والانتفاع بالأصل المؤجر خلال فترة دنيا وبسعر محدد مسبقا وكأنه صاحب ملكية هذا الأصل.

- يضمن للمؤجر قبض مبلغ معين من مدة تدعى "الفترة الغير قابلة للإلغاء"، لا يمكن من خلالها إبطال الايجار إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.

- يسمح للمستأجر في حالة الاعتماد الايجاري المالي فقط وعقد انقضاء الفترة غير القابلة للإلغاء الخاصة بالإيجار أن يكتسب الأصول المؤجرة مقابل دفع قيمة متبقية تأخذ بعين الاعتبار الإيجارات التي تم قبضها في حالة ما إذا يقرر مزاولة حق الخيار دون أن يحد ذلك من حق الأطراف المتعاقدة في تحديد الايجار لفترة ومقابل قبض إيجار يتفق عليه، ولا من حق المستأجر في استرجاع الأصل المؤجر عند نهاية الفترة الأولى من الايجار.

الفرع الثالث: النتائج المترتبة على الطبيعة القانونية الخاصة لعقد التأجير التمويلي

إنّ الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الإيجار التمويلي تترتب عليها نتائج هامة تتمثل في بقاء الأصل المؤجر تحت يد المؤجر وبالتالي يأمن به إفلاس المستأجر أو إعساره ؛ أما في حالة تبديد هذا الأخير للأصل المؤجر فإنه يتعرض لعقوبة خيانة الأمانة وهذا ماسنتناوله في الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: احتفاظ شركة التأجير التمويلي بملكية الأصول المؤجرة:

إن ملكية الأصل المؤجر تبقى ثابتة للمؤجر التمويلي طيلة مدة العقد ويبقى المؤجر التمويلي مالكا للأصل المؤجر إلى أن يستعمل المستأجر خياره بشراء المال المؤجر .

وبناءا عليه يستطيع المؤجر التمويلي أن يحتج بهذه الملكية في مواجهة جماعة الدائنين في حال إفلاس أو إعسار المستأجر، ومن ثم يستطيع المؤجر التمويلي استرداد المأجور – حتى وإن أعلنت التصفية القضائية لأموال المستأجر حتى وإن صدر قرار بشهر إفلاسه أو تم إعساره – من تفليسة المستأجر طالما لم يستخدم قراره بالشراء أي التملك[1] وبذلك يتجنب الدخول في قسمة الغرماء.

وتظهر أهمية هذه المسألة خاصة إذا كان الأصل المؤجر منقولا، فالقاعدة العامة تقرر إن الحيازة في المنقول سند الملكية، فبائع المنقول يفقد كل ضماناته في حالة إفلاس المشتري ولا يستطيع المطالبة بفسخ البيع ولا تجوز له

[1] – علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص85.

إقامة دعوى الإسترداد، غير أن حق المؤجر التمويلي في الإسترداد مضمون بأقوى الحقوق العينية ألا وهو شرط الاحتفاظ بالملكية [1].

كذلك إذا تصرف المستأجر بالمنقول (الأصل المؤجر) إلى شخص ثالث وكان هذا الأخير حسن النية فإنه يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية فإن هذه القاعدة قد تجد مجالها في التأجير التمويلي ، لأنها قاعدة خاصة بالمنقولات المادية غير أن احتفاظ المؤجر التمويلي بملكية الأصل يحميه من هذه الإشكاليات وتمكنه من استرداد الأصل من أي حائز له وإن كان حسن النية[2].

الفقرة الثانية: المسؤولية عن جريمة خيانة الإئتمان:

بما أن المؤسسة المالية تظل مالكة للأشياء محل العملية التمويلية طوال مدة العقد فإن المستفيد لا يمكن أن يتصرف في هذه الأشياء فإذا بدد هذه الأشياء قبل انقضاء مدة الايجار المتفق عليه فإنه يكون مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها في المادة 356 من قانون العقوبات الجزائري والتي تقابلها المادتين 408 و341 من قانوني العقوبات الفرنسي و المصري على التوالي.

فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 12 نوفمبر 1979 حيث أكدت في حيثياتها الطبيعية المركبة لعملية الايجار التمويلي، انتهت إلى أن المستفيد المستأجر الذي عجز عن رد الأشياء المؤجرة إلى المؤسسة المالية بعد فسخ عقد الايجار التمويلي المبرم بينهما نتيجة لتوقفه عن سداد الأجرة الدورية المتفق عليها يعد مرتكبا لجنحة خيانة الأمانة[3].

---

[1]- عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص27.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، جزء9 ، مرجع سابق، ص ص 126- 128.

[3] - Cass.Crim.12 Nov1979, D1980, I.R, obs. Vasseur; également, Cass. Crim .14 fév1979 d.1979 I.R, p177
أشار إليه علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص87.

المبحث الثاني: إبرام عقد الايجار التمويلي

يجب أن يتوافر في عقد الايجار التمويلي الأركان الموضوعية العامة للعقود بصفة عامة حتى ينعقد صحيحا، من رضا خال من عيوب التراضي وصادر من أشخاص يتمتعون بالأهلية القانونية اللازمة لإبرام هذا العقد، ويجب أن ينصب هذا الرضا على محل ممكن ومشروع، وسبب موجود ومشروع غير مخالف للنظام العام والآداب، وبهذا لا يختلف عقد الايجار التمويلي عن غيره من العقود وتطبق عليه بالتالي القواعد العامة فيما لم يرد بشأنه نص في الأمر رقم 96-09 المنظم لهذا العقد، وسوف نتعرض لخصوصية تلك الأركان في عقد الايجار التمويلي وذلك من خلال بحثها في مطلبين، الأركان الموضوعية في مطلب أول والشروط الشكلية في مطلب ثان.

المطلب الأول: الأركان الموضوعية لعقد الايجار التمويلي

الأركان الموضوعية العامة لصحة العقود هي الرضا، المحل، السبب والأهلية، ونظرا لتميز هذا العقد عن غيره من العقود، سندرس هذه الأركان بالقدر الذي يتميز به هذا العقد، ولكن قبل معالجة هذه الأركان لابد من تحديد أطراف عقد الإيجار التمويلي خاصة بالنسبة للمؤجر لأن هذه الصفة لا تنعقد لأي شخص وهذا على النحو الآتي:

الفرع الأول: أطراف عقد التأجير التمويلي

يشهد تنفيذ عقد التأجير التمويلي تدخل طرف ثالث هو المنتج أو البائع أو المورد أو المقاول بحسب الحالة، هذا من الناحية الواقعية، أما من الناحية القانونية فلا يوجد هؤلاء الأطراف في عقد واحد، بل في عقدين مستقلين، عقد البيع بين شركة التأجير التمويلي والبائع، وعقد التأجير التمويلي بين شركة التأجير التمويلي والمستفيد (المستأجر) وبالتالي لا توجد علاقة عقدية بين البائع والمشروع المستفيد[1] هذا بالنسبة للمشرع الجزائري، أما المشرع المصري نجده نص صراحة في المادة 13 من القانون رقم 95 لسنة 1995 المنظم لعقد الإيجار التمويلي على حق المستأجر في الرجوع مباشرة على المقاول أو المورد بجميع دعاوى المؤجر التي تنشأ لهذا الأخير عن العقد المبرم بينه وبين المقاول أو المورد، ما عدا دعوى الفسخ ــ التي سوف نتعرض لها فيما بعد ــ أما في القانون الفرنسي فقد اختلف الفقه في الآليات التي يرجع بها المستأجر على البائع أو المقاول بين الوكالة أو الاشتراط لمصلحة الغير أو الحوالة أو الدعوى المباشرة ــ كما سيجيء ــ والآن سوف نعرض للشروط التي يجب توافرها في كل من المؤجر و المستأجر على التفصيل الآتي:

الفقرة الأولى: المؤجــر:

إنّ المشرع الجزائري قد حدد من له صفة المؤجر في عقد الإيجار التمويلي (الاعتماد الايجاري) في المادة السابعة من الأمر 96-09 المتعلقة بالاعتماد الايجاري للأصول المنقولة وهؤلاء الأشخاص هم، البنوك والمؤسسات المالية وشركات التأجير المعتمدة قانونا. أمّا المشرع نجده قد سكت في المادة الثامنة من الأمر 96-09 المتعلقة بعقد

---

[1]- علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص94 وما بعدها.

الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة فلم يحدد من تثبت له صفة المؤجر، وربما المشرع أراد أن يتفادى التكرار لأنه حدد هذه الصفة للأشخاص المذكورين في المادة السابعة، وفي رأيي كان يجب على المشرع أن يبين من تثبت له صفة المؤجر في عقد الإيجار التمويلي للأصول غير المنقولة، ومن الذين تعقد لهم صفة المؤجر التمويلي هم:

أولا: البنـــك:

يعرف الاقتصاديون البنك[1] بأنه منشأة تنصب عملياتها الرئيسية على تجميع النقود الفائضة عن حاجة الجمهور أو منشآت الأعمال أو الدولة بغرض إقراضها للآخرين وفق أسس معينة أو استثمارها في أوراق مالية معينة. أمّا تعريف التشريع للبنك فقد ورد في المادة 114 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض الملغى بقولها: البنوك أشخاص معنوية مهمتها العادية و الرئيسية إجراء العمليات الموضوعة في المواد 110- 113.

بينما اقتصر المشرع في الأمر رقم 03-11[2] على تعريف البنوك بحسب موضوعها بقوله: البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 إلى 68 أعلاه، بصفة مهنتها العادية.

الملاحظ من خلال استقرائنا للمواد 66- 68 من الأمر رقم 03-11 أن من بين العمليات التي تقوم بها هذه البنوك هي عمليات الاعتماد الايجاري التي اعتبرها هذا القانون عملية قرض[3].

وفي الجزائر توجد ثلاثة أنواع من البنوك و هي[4]:

- البنوك الابتدائية (البنوك التجارية).
- البنوك العمومية ذات النظام القانوني الخاص، وهي تضم بنك الجزائر والبنك الجزائري للتنمية.
- البنوك ذات الطبيعة المختلطة أو الخاصة كالبنك التجاري المختلط وبنك البركة.

الجدير بالإشارة إليه هو أن النوعين الأول والثالث هما اللذان يمكنهما القيام بعمليات الإيجار التمويلي متى تحصلت على ترخيص من مجلس النقد والقرض[5].

ومن بين البنوك التي تحصلت على ترخيص من مجلس النقد والقرض وهي تزاول في الوقت الحالي هذا النوع من العمليات المصرفية نذكر:

- **بنك البـــركة:** هو شركة مساهمة رأسمالها 2.500.000.000.000 دج خاضعة لأحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بقانون النقد والقرض وهي تطبق فيه قواعد الشّريعة الإسلامية السّمحة كشرط للقيام بعمليات التأجير التمويلي للعملاء .

- **بنك** NATIXIS **الجزائـــر:** هو شركة مساهمة رأسمالها 348.319.263.600 دج.

---

[1] - شاكر القز ويني، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 1992، ص25.

[2] - الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض ج ر، عدد 52 مؤرخة في 27 أوت 2003، ص 3.

[3] - تنص الفقرة الثانية من المادة 68 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على أنه: "تعتبر عمليات قرض، عمليات الايجار المقرونة بحق خيار الشراء لا سيما عمليات القرض الايجاري".

[4]-Amour ben Halima, pratique de techniques bancaires, référence a l'Algérie, édition Dahleb Algérie, 1996, p30.

[5] - أنظر المادة 75 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

وقد خص كل من هذين البنكين في قوانينهما الأساسية على أحكام خاصة لعقد الإيجار التمويلي، بالإضافة إلى الأحكام الموجودة في الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

ثانيا: المؤسسة الماليـــة:

هي من النوع الثاني الذي له صفة المؤجر في مفهوم الأمر 96-09 وهذه المؤسسات المالية لا تتلقى الأموال من الجمهور في شكل ودائع، وبالتالي الائتمان (القروض) من أموالها الذاتية أو ما تحصل عليه من قروض واعتمادات.

وقد ورد تعريف المؤسسة المالية في الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض في المادة 71 منه بقولها لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها، وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى.

وما قيل عن البنك بخصوص حصوله على الترخيص لمزاولة الإيجار التمويلي بصفة اعتيادية يقال عن المؤسسات المالية[1].

ثالثا: شركات الاعتماد الإيجاري :

لقد أخضع المشرع الجزائري شركات الاعتماد الإيجاري لأحكام قانون النقد والقرض، إلا أن تأسيس شركات الإعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها يحكمها النظام رقم 96-06 الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها[2] ، ونجد أن المشرع الجزائري خول هذه الشركات القيام بعمليات الإيجار التمويلي[3] ولكن مع مراعاة شروط محددة و من بينها:

- أن تتخذ هذه الشركات شكل شركة مساهمة، ولا يسمح المشرع أن تتخذ هذه الشركات شكل شركات أخرى فهذا التحديد لشكل الشركة إلزامي وجوبي وإلا يرفض تأسيسها إذا جاءت مخالفة لما أقره المشرع.
- أن لا يكون مؤسسو الشركة ومسيروها أو ممثلوها موضوع أي منع المنصوص عليه في المادة 76 من الأمر 03-11.
- أن لا يقل رأسمالها عن مئة مليون دينار جزائري.

فإذا توافرت هذه الشروط تحصل الشركة على اعتماد بقرار من محافظ بنك الجزائر وينشر مقرر الاعتماد الإيجاري في الجريدة الرسمية[4].

لما كانت ممارسة نشاط التأجير التمويلي تتطلب رؤوس أموال ضخمة يعجز الشخص الطبيعي عن توفيرها، فنجد القانون الفرنسي رقم 66 -455 المؤرخ في 02 جويلية 1966 حظر على الشخص الطبيعي ممارسة هذا

---

[1] - أنظر المادة 75 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

[2] - النظام رقم 96- 06 المؤرخ في 23 يوليو 1996 الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها ج ر، عدد 66، ص13.

[3]- أنظر المادة الثانية من النظام رقم 96- 09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[4]- أنظر المادة 10 من النظام 96-06 المتعلق بشركات الإعتماد الإيجاري.

النشاط[1]، ونص في المادة 112 من القانون 66 – 455 على قصر ممارسة نشاط التأجير التمويلي على المشروعات التجارية التي تمارسه بشكل معتاد، وتلتزم بالنظام القانوني للبنوك والنظام القانوني للمؤسسات المالية، وبهذا يتفق مع المشرع الجزائري، في حين نجد المشرع المصري سمح بأن يكون المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري من الأشخاص الطبيعيين فضلا عن الأشخاص المعنويين، وهذا نزولا عند نص المادة الأولى من قانون التأجير التمويلي رقم 95 – 95 بقولها:"المؤجر هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يباشر عمليات التأجير التمويلي بعد قيده طبقا لأحكام هذا القانون" وأمام الانتقادات التي وجّهت للمشرع المصري بالسماح للأشخاص الطبيعيين بممارسة عمليات التأجير التمويلي وما يمثله من خطورة على الاقتصاد باعتبار هذه الأخيرة من عمليات الائتمان لجأ المشرع إلى تعديل المادة الأولى من القانون 95-95 القانون رقم 16 لسنة 2001 وقصر ممارسة نشاط التأجير التمويلي على الأشخاص الاعتبارية واشترط فيها أن تأخذ شكل شركة أموال[2].

الجدير بالذكر أن أول شركة إيجار تمويلي أنشأت في الجزائر وتحصلت عل اعتمادها بتاريخ 28جوان 1997 هي شركة السلام لإيجار التجهيزات ولوازم العتاد Société Algérien de location d'équipement et de matériel ويرمز لها اختصارا (SALEM) وهي شركة عمومية ذات أسهم، تعتبر فرعا للصندوق الوطني للتعاون الفلاحي (SNMA) رأسمالها 200 مليون دينار جزائري[3] ، مقرها 06 شارع الأبيار الجزائر العاصمة، ومؤسسوها الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي 90% والهولدينغ بنك عمومي للميكانيك 10% وهي تتعلق بعمليات التأجير التمويلي لأصول المنقولة.

كما أنشأت شركات أخرى تنشط في هذا المجال ، كشركة "ASL" أنشأت بمشاركة البنك الخارجي ومجموعة البركة ، وتهدف إلى تمويل الواردات بالعملة الصعبة، وهناك شركة القرض الإيجاري لتمويل قطاع الصيد البحري والفلاحة ، أسست بمساهمة كل من الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي والشركة الوطنية المتخصصة في صناعة الآلات الفلاحية ، والشركة المتخصصة في بناء وإصلاح تجهيزات الصيد البحري.

الفقرة الثانية: المستأجـــر:

المستأجر حسب المشرع الجزائري هو الشخص الطبيعي أو المعنوي تابعين للقانون العام أو الخاص والمتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب[4]، ما يلاحظ أن المشرع الجزائري وإن سمح لهؤلاء الأشخاص بالاستفادة من عمليات التأجير التمويلي إلا أنه بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين لم يحدد من هو المتعامل الاقتصادي هل كان المقصود به العون الاقتصادي الوارد في المادة 9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة[5].

---

[1] - BEY et GAVALDA, Le crédit-bail mobilier, op.cit. p23.

[2]- أسامة أبو الحسن مجاهد، عقد التأجير التمويلي، المرجع السابق، ص65.

[3] - خوني رابح و حساني رقية، واقع وأفاق التأجير التمويلي وأهميته كبديل تمويلي لقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي حول متطلبات تأهيل المؤسسات الصغير والمتوسطة في الدول العربية، المنعقد بجامعة الشلف يومي17 و 18 افريل 2006، ص371 .

[4]- راجع المادة الأولى من الأمر رقم 96 – 09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[5] - الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 19 يونيو 2003.

نجد التشريعات المقارنة أوردت تعريفا للمستأجر حيث عرّفه المشرع الأردني في المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي بأنه الشخص المنتفع بالمأجور استنادا للعقد، ويعرفه المشرع المصري في المادة الأولى من قانون 95 – 95 بأنه من يحوز مالا استنادا إلى عقد تأجير تمويلي.

أما الفقه فنجده يعرف المستأجر بأنه الشخص الذي يتخذ زمام المبادرة بتحريك العملية بالنظر إلى حاجته في الانتفاع بأصل إنتاجي داخل مشروعه[1].

ولا يقتصر نطاق التمويل عن طريق عقد الإيجار التمويلي على المشاريع التجارية والصناعية بل يمتد ليشمل المشاريع الزراعية كتمويل أحد المشاريع الزراعية بآلات لحرث الأرض أو حصاد ثمار المحصولات أو إقامة المشاريع الزراعية الكبرى كتأجير الآلات اللازمة للإستصلاح الأراضي، كما يمتد نطاق التأجير التمويلي إلى أصحاب المهن الحرة كإبرام أحد الأطباء مع إحدى المؤسسات المالية عقدا بمقتضاه تقوم هذه المؤسسة بشراء الآلات و التجهيزات الطبية اللازمة لإنشاء مستشفى، والقول ينطبق على جميع أعضاء المهن الحرة، كالمهندسين و غيرهم.

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يضع شروطا معينة يجب توافرها في المستأجر كأن يكون تاجرا مثلا، وإنما قد يكون تاجرا أو غير تاجر طالما أن الغرض من التأجير هو استثمار المأجور في مشاريع إنتاجية، متعلقا بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية، وهذا بخلاف المشرع التونسي الذي اشترط في المستأجر بأن يكون تاجرا[2].

أما إذا كان استئجار المال بغرض إشباع حاجة استهلاكية أو للإستعمال الخاص، فلا يخضع هذا العقد للقواعد المنظمة للإيجار التمويلي حتى ولو كان محدد المدة ومصحوبا بالوعد بالبيع ويمنح المستأجر الخيارات الثلاثة وإنما يخضع تكييفه لقواعد أخرى، لذلك استبعدت بعض التشريعات ومنها التشريع المصري سيارات الركوب والدراجات الآلية من عداد الأموال التي يمكن أن تكون موضوعا لعقد الإيجار التمويلي لأنها تستخدم في أغراض استهلاكية وهذا الاستثناء غير مبرر لأنه خاصة بالنسبة لسيارات الركوب يمكن أن تخصص للاستعمال الشخصي كما يمكن استعمالها في مشروع تجاري أو صناعي.

على كل فإن المعيار الذي يعتد به، يكمن بالغرض الذي سيخصص له الأصل المؤجر ولاستعماله في الأنشطة المهنية أو بالمحلات التجارية أو الأنشطة الحرفية ولا يرتبط بصفة المستأجر إن كان تاجرا أو غير تاجر، وهذا يتفق وأحكام التأجير التمويلي في التشريع الجزائري.

ونخلص مما سبق أن المستأجر يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا تاجرا أو غير تاجرا، وأن يكون التأجير بغرض إنتاجي وليس استهلاكيا سواء كان ذلك في المنقولات أو العقارات فإذا كان التأجير لأغراض خاصة خرج من نطاق تطبيق أحكام عقد الإيجار التمويلي لأن هذا الأخير وسيلة لتمويل الإستثمارت الإنتاجية وليس الاستهلاكية.

---

[1] – هاني محمد دويدار، لنظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص84.

[2] – بسام هلال مسلم القلاب، التأجير التمويلي دراسة مقارنة، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن 2009، ص146.

الفرع الثـــاني: الرضـــا

يعد عقد الايجار التمويلي من العقود الرضائية، إذ يكفي لانعقاده توافق إرادتي طرفي العقد[1] ويتحقق ذلك باقتران الإيجاب مع القبول[2]، ورغم أن وجود الإرادة يعتبر كاف لوجود العقد إلا أنه غير كاف لصحته، فيجب أن يكون هذا الرضا صحيحا خال من العيوب التي قد تعتريه وهي الغلط، الإكراه، التدليس والاستغلال، ويترتب على عدم وجود ركن الرضا أو وجود عيب بإرادة أحد الأطراف بطلان عقد الايجار التمويلي بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا بحسب الحالة[3].

وإن كان من النادر أن يعيب إرادة الأطراف مثل هذه العيوب إلا إذا كان هناك غلط في المعلومات التي تطلبها المؤسسات المالية للوقوف على المركز المالي للمشروع المستفيد قبل الموافقة على التمويل، وهذا في حالة استعمال المستأجر حيل تدليسية، كأن يقدم حالة مغايرة لمركزه المالي وهذا بهدف جعل المؤسسة المالية تتعاقد معه.

والرضا في عقد الايجار التمويلي يبدأ بمراحل تمهيدية تكون لازمة، وذلك حتى يتمكن المؤجر من دراسة المركز المالي للمستأجر ومدى إمكانياته في دفع أقساط التأجير، ثم يعقب بعد ذلك مرحلة توفير الأموال المطلوبة ومصدرها، فإذا تم الاتفاق على ذلك وعلى جميع شروط العقد، فتلتقي الإرادات ويكون الرضا قد حصل ويبرم الاتفاق بين الطرفين.

يبدأ عقد الإيجار التمويلي بطلب استئجار يتقدم به المشروع المستفيد إلى شركة التأجير التمويلي، يحدد فيه الأصول الإنتاجية التي يحتاج إليها ومواصفاتها الفنية بما يتفق وطبيعة نشاطه، إذ يطلب من الشركة تمويل مشروعه بشراء تلك الأصول وتأجيرها له، إن طلب المستأجر يحتوي على بيانات ومستندات يجب أن تكون مطابقة للحقيقة فعلى ضوء هذه البيانات والمستندات يقوم المؤجر بفحص هذا الطلب فيتحرى فيها الثقة والصدق ومعرفة مدى قدرة المستأجر على أداء القيمة الايجارية فيتخذ قراره بالقبول أو بالرفض مختارا دون إلزام عليه، فإذا اتخذ المؤجر قراره بقبول تمويل مشروع المستفيد انعقد العقد[4] فيجب أن يرد الرضا على كافة بنود العقد كمدة العقد ، مقابل الانتفاع، والثمن لتمكين المشروع المستفيد من إعمال خيار الشراء[5].

إن الطلب المقدم من المستأجر في هذه المرحلة دعوة للتفاوض لأنه غير متضمن العناصر الأساسية للعقد التي سيتم الإتفاق عليها وتحديدها لاحقا وهذا لا يعتبر إيجابا بل دعوة للتعاقد أو التفاوض، وعليه سنتناول في فقرتين تتعلق الأولى بتقديم المستأجر للبيانات ثم نبين طبيعة التفاوض في عقد الإيجار التمويلي في فقرة ثانية.

---

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص68.

[2]– تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على انه" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

[3]– فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويل، مرجع سابق، ص98.

[4]– عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص52.

[5]– أسامة أبو الحسن مجاهد، عقد التأجير التمويلي، أحكامه الخاصة مقارنا بعقد الإيجار، د د ن، د ب ن 1999، ص50.

الفقرة الأولى: تقديم المستأجر للبيانات:

يلتزم المشروع المستفيد بتقديم نوعين من البيانات لشركة التأجير التمويلي، الأولى تتعلق بمشروع المستفيد و الثانية تتعلق بالإستثمار المراد تمويله.

أولا: المعلومات أو البيانات الخاصة بالمشروع المستفيد: تنقسم هذه البيانات إلى ثلاثة أقسام وهي:

أ- البيانات الخاصة بشخص المستفيد (المستأجر): يجب على المشروع المستفيد أن يوضح في طلب التمويل حالة البيانات المتعلقة بشخصه من حيث كونه شخصا طبيعيا أو معنويا، وفي هذه الأخيرة يذكر اسم الشركة وشكلها القانوني، حجم رأسمالها، رقم قيدها في السجل التجاري، بيان أسماء المديرين والشخص الذي يتولى عملية التمويل.

ب- البيانات المتعلقة بنشاط المشروع المستفيد: يجب على المشروع المستفيد تحديد طبيعة نشاطه والهيكل القانوني لمشروعه[1] و نمط الإنتاج إذا كان موسميا.

ج- البيانات الخاصة بالحالة المالية للمشروع: يجب على المشروع المستفيد أن يوضح موقفه الضريبي والمعلومات البنكية وأن يرفق بطلب الاستئجار ميزانية سنوات مالية سابقة على تاريخ طلب التعاقد والقدرة المالية للمستأجر على تحمل أقساط الايجار المستقبلية[2].

ثانيا: البيانات المتعلقة بالاستثمار المراد تمويله: يجب على المشروع المستفيد تحديد نوع الإستثمار الذي يرغب في ممارسته وعلى أساس ذلك يتم تحديد نوع الأصل الإنتاجي من حيث كونه منقولاً أو عقارًا وتحديد منتج هذا الأصل أو بائعه ومعرفة ثمن شرائه وتحديد العمر الاقتصادي المفترض للأصل المراد تأجيره[3] .

ثالثا: أسس التعاقــد:

إنّ المؤجر (شركة التأجير التمويلي) يتخذ قراره بقبول تمويل مشروع المستفيد أو عدم تمويله وذلك بعد فحص ودراسة المستندات والمعلومات المقدمة من هذا الأخير، ويجب أن يحرص على التأكد من قدرة المشروع المستفيد (المستأجر) على الوفاء بالأجرة المتفق عليها [4] بعد إبرام عقد التأجير التمويلي خاصة وأن هذا العقد يمتد لفترة زمنية طويلة نسبيا، لذا نجد شركات التأجير التمويلي تضع أسسا معينة لقبول تمويل المشروع المستفيد، ومن هذه الأسس ما هو خاص بالموقف المالي للمشروع المستفيد حيث تهدف شركة التأجير التمويلي من دراسة الموقف المالي للمشروع المستفيد الوصول إلى معرفة مدى قدرة المستأجر على تنفيذ التزامه الرئيسي المتمثل في الوفاء بأقساط الأجرة، ويتحقق ذلك من خلال عدة أمور كحجم السيولة النقدية لديه ومدى بلوغه حد التشبع

---

[1] - P.M. du Chambon et M. Alter – Initiation aux techniques contractuelles récentes, op.cit. p09.

[2] - BEY et GAVALDA – Le crédit bail mobilier, op.cit. p65.

[3] – محمد هاني دويدار،النظام القانوني لعقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص242.

[4] -P.M. du Chambon et Alter – initiation aux techniques contractuelles récentes, op.cit. p09.

الائتماني[1] الذي يتضح من خلال مضاهاة أعبائه المالية برقم أعماله، فإذا اتضح من المقارنة أن الأعباء المالية تثقل كاهله أكثر من رقم أعماله، رفضت التعاقد معه خوفا من عجزه عن سداد الأجرة.

كما أن هناك بيانات خاصة بأوصاف المال محل عقد التأجير التمويلي، فإن فسخ عقد التأجير التمويلي أو انقضائه دون استعمال المستأجر لخيار الشراء المقرر له في نهاية مدة العقد يترتب عليه إعادة الأصل المؤجر إلى شركة التأجير التمويلي فإن هذه الأخيرة قد تضطر إلى إعادة تسويقه مرة أخرى، ولذا نجدها تحرص على معرفة المعلومات الخاصة بالمواصفات الفنية لهذا الأصل، قدرته التشغيلية ، معدل اضمحلاله الاقتصادي المتوقع ولا يتأتى لها ذلك إلا من خلال دراسة المعلومات المرفقة بطلب الاستئجار.

الفقرة الثانية: التفـــاوض:

أولا: مفهوم التفاوض:

يعرف التّفاوض بأنه: "تبادل الإقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات الفنية والإستشارات القانونية بين طرفين أو أكثر بصدد موضوع معين، قصد التوفيق بين المصالح المتعارضة والوصول إلى اتفاق بشأنه.

للتفاوض أهمية بالغة في عصرنا الرّاهن أمام تنامي ظهور العقود المركبة والمعقدة التي أسفرت عنها الأساليب الحديثة في التعامل، فقد أصبحت أعدادا كبيرة من العقود _كعقد الإيجار التمويلي _ تنصب على عمليات تتسم بالتعقيدات الفنية والقانونية، إذ تنطوي على مخاطر جسيمة بالنّسبة لأطرافها .

لاشك في حيوية مرحلة التّفاوض في عقد الإيجار التمويلي حيث يتم فيها الإعداد والتّحضير للعقد وبحث كافة جوانبه الفنية، المالية، القانونية، والتعرف على المتعاقد الآخر وتقدير إمكانياته وتحديد مضمون العقد والإعداد الجيد له على ضوء مصالح ومقاصد الأطراف.

يتم التّفاوض بين المؤجر التمويلي والمستأجر حول قيمة ومقدار التّمويل وإذا ما كان سيرد على كامل الأموال أم على نسبة مئوية من قيمة العقد، خصوصا وأن الإيجار التمويلي يوفر تمويلا يصل إلى 100% من قيمة الأصول وهذه ميزة للمستأجر[2]، كما أنها ميزة أيضا للمؤجر تمكنه من تملكه الكامل للأصل المؤجر كوسيلة لضمان استرداد كامل المبلغ.

إن التّفاوض يتم حول نسبة الربح أو هامش الربح الذي يتوقعه المؤجر وهو ما يعرف بالفائدة نظير تأجير هذه الأموال ، وأخيرا يتم التفاوض على الضمانات التي ستقدم في عقد الإيجار التمويلي كالتأمين، الكفالات، كيفية سداد القرض، قيمة الأقساط، مواعيدها ومكانها.

ثانيا: الالتزامات في مرحلة التّفاوض:

أمام خلو التّقنيات المدنية الحديثة من نصوص لتنظيم مرحلة التفاوض، ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء واستقر الجميع على وجوب الإلتزام بالتفاوض بحسن نية، أي أن يتصف سلوك المتفاوض بالنزاهة، الشرف، الأمانة

[1] – هاني محمد دويدار، نفس المرجع، ص242.

[2] - محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، د ت ن، ص57.

الثقة ، وأن يمتنع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها أو إتباع أسلوب الحيل بغية الإضرار بالطرف الآخر.

إن تنفيذ هذا الإلتزام الأساسي يقتضي وجوب احترام الطرفين التزامات أخرى ثانوية تتفرع عنه وتقوم بجواره حتى يتم التفاوض على أكمل وجه، وتتمثل هذه الإلتزامات في التعاون، النصح والإعلام.

1 - الإلتزام بالتّعـــاون: L'obligation de coopération

إن التزام المتّفاوض بالتّعاون يعتبر التزاما أساسيا، حيث ينبغي أن يحدد أغراضه وأهدافه من العقد السّاعي إليه والاحتياجات الفعلية لديه، ويبدو ذلك بوضوح في كافة العقود الفنية مثل الآلات المتطورة تكنولوجيا ، ولو احتاج الأمر الإستعانة بخبير أو الإستعلام لدى الشّركات المتخصصة ويمكن للمستأجر أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية في هذا الشأن، وقضي بأن تقصير العميل في التّحري والإستعمال الذي يؤثر على اختياراته ويؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته ورغباته الحقيقية يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه[1].

2- الإلتزام بالإعـــلام[2]: Obligation de renseignements

يتعين على المتفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التّفاوض، حتى تستنير وتتبصر إرادة الطرف الآخر، ويجب الإدلاء بكل البيانات والمعلومات المتعلقة بالأصل المؤجر، وذلك دون كتمان أو كذب ، ويزداد حجم هذا الإلتزام للطرف المحترف[3].

3- **الإلتزام بالنّصـــح** Conseil **والتّحذيـــر** Mise en garde

تبدو أهمية هذا الإلتزام بصدد العقود التي يحتاج فيها أحد الطرفين لمعونة الطرف الآخر بسبب تفاوت الخبرة ولاشك أنّ ذلك ينطبق على عقد الإيجار التمويلي نظرا لسرعة التطور والتعقيدات الفنية المتلاحقة، ولاشك في قيام هذا الإلتزام على عاتق المتفاوض المحترف حتى يبين له مدى ملائمة العقد من الناحية الفنية والمالية.

والواقع أنّ هذا الإلتزام يتوقف على ضوء الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض والنظر إلى خبرتهم وإمكانياتهم، فالقضاء يتشدد في هذا الإلتزام بالنسبة للمحترف في مواجهة عدم خبرة الطرف الآخر وعدم علمه بالتفاصيل الفنية، وكذلك الحالات التي يثبت فيها علم الشّخص باحتياجات الطرف الآخر، ويضيق الإلتزام بالنّصيحة عند إجراء الصفقة مع طرف آخر أكثر خبرة من الشخص العادي.

---

[1]- Cassa .Com.7 janvier 1997 G.P.1998. أشار إليه محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 58.

[2] - هناك من يفرق بين الإعلام والإخبار باعتبار الأول ذا أصل قضائي، أما الثاني، فذو أصل قانوني، ومن ثم يعرف الإخبار بأنه واجب فرضه القانون ولا سيما على بعض البائعين المهنيين أو المؤسسات بتقديم معلومات عن موضوع العقد، أو العملية العقدية بوسائل مناسبة وبيانات إخبارية أو إعلانية بينما يتمثل الإعلام في الواجب الضمني الذي أوجده القضاء والذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأكثر تخصصا والأفضل معرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد .أنظر في هذا المعنى: حمدي أحمد سعد، الإلتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية بمصر 1999، ص 44.

[3] - المحترف هو الذي يملك كل الإمكانيات للوفاء بهذا الالتزام، لأنه يحيط إحاطة كاملة بالأشياء والخدمات محل التعامل، أنظر في هذا الصدد زهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر 2009، ص138.

أمّا الإلتزام بالتحذير أو لفت الإنتباه لكل مايستدعي ذلك في محل العقد، هو التزام مكمل للإلتزام بالتبصير أو الإعلام، وينطبق بالدرجة الأولى على التعامل في الأشياء التي تنطوي على مخاطر تهدد أمن وسلامة الشخص بسبب دقة تشغيلها مثل الآلات الميكانيكية ونفس الشيء بالنسبة للمعدات التي يحتاج تشغيلها لخبرة خاصة، وهذا كله ينطبق على عقد الإيجار التمويلي .

ثالثا: طبيعة المسؤولية عن التّفاوض:

القاعدة أن المفاوضات هي مجرد أعمال مادية Faits Juridiques غير ملزمة، ولا يترتب عليها في ذاتها أي أثر قانوني، ولا تنشئ على عاتق الطرفين أي إلتزام، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات دون مسؤولية، وهو غير مطالب بتقديم مبرر لانسحابه، فالعدول عن التّفاوض لا يصلح بذاته سببا للمسؤولية إلا إذا كان متعسفا في الإنسحاب أو قطع المفاوضات دون سبب جدي أو مشروع أو صدرت منه أفعال تتنافى مع الأمانة وحسن النية أو تشكل سلوكا خاطئا، هنا تثور مسؤوليته على الخطأ الثابت، ويقع على المضرور إثبات هذا الخطأ[1] .

تعبر محكمة النّقض المصرية على ذلك المبدأ بقولها:"إن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأي مسؤولية على من كان العدول من جانبه، إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، ونتج عنه ضرر للطرف الآخر المتفاوض، وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على ذلك الطرف، ومن ثم لايجوز اعتبار العدول عن إتمام المفاوضات ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية[2].

إذا ثبت خطأ المتفاوض وترتب على ذلك ضرر مادي أو أدبي ، كان للمضرور الحق قي إثبات ذلك والمطالبة بالتعويض، وهذا الأخير لا يجوز أن يتمثل في الإجبار على التفاوض أو الإلزام بإبرام العقد، بل يقتصر دور القاضي على مجرد الحكم بالتعويض النقدي الجابر للضرر طبقا للقواعد العامة .

ويدخل ضمن عناصر الضرر نفقات التفاوض وضياع الوقت والجهد، وكذلك المساس بالسمعة التجارية حيث يؤدي قطع المفاوضات دون مبرر إلى النيل من سمعة التاجر في وسطه المهني وإثارة الشكوك والأقاويل حوله فيعتبر ذلك ضررا أدبيا[3] يدخل في الإعتبار عند تقدير الضرر، ويعتبر كذلك تفويت الفرصة من الأضرار التي قد تحدث بمناسبة قطع التفاوض بصورة خاطئة، أي حرمان المتفاوض المعدول عنه من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب احتمالي، ومن ثمة يجوز التعويض عن الحرمان من فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، أو تفويت الفرصة في إبرام عقد آخر بديل مع الغير، وذلك إذا ما ثبت أن المتفاوض قد تخلى عن هذه الفرصة إعتمادا منه على الإعتماد

---

[1] – يسلم الفقه والقضاء في ألمانيا وسويسرا، تأثرا بنظرية الفقيه إهرينج عن الخطأ في تكوين العقد بأن هذه المسؤولية قبل العقدية ليست تقصيرية، بل هي نوع خاص من المسؤولية المدنية، شبه عقدية Quasi Contractuel تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية.

[2] – محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص62.

[3] - إن المشرع الجزائري قد نص أخيرا على التعويض عن الضرر المعنوي في المادة 182 مكرر من القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني.

الكاذب الذي ولده الطرف القاطع لديه في إبرام العقد ولكن يشترط أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره[1].

الفرع الثالث: المــحل

المحل هو العملية القانونية التي تراضاها الطرفان على تحقيقها [2]، وهي تمكين المستأجر بالانتفاع من الأصل المؤجر لمدة معينة غير قابلة للإلغاء، إلا باتفاق الطرفين مقابل أداء أجرة معينة، ونظرا لخصوصية عقد الايجار التمويلي فإنه يجب أن يتوافر في هذا المحل بجانب الشروط العامة أن يكون الأصل المؤجر من عتاد التجهيز ولازما لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي أو خدمي، وتشترط بعض التشريعات سبق شراء المال المؤجر قبل تأجيره، ومحل عقد الإيجار التمويلي يرد على المنقولات والعقارات وهذا على النحو التالي:

الفقرة الأولى: المنقــولات: تنقسم هذه المنقولات إلى منقولات مادية ومنقولات معنوية.

أولا: المنقولات المادية: وترد في الغالب على الآلات أو المعدات أو التجهيزات[3] التي تحتاجها المشاريع التجارية أو الصناعية أو المهنية أو حتى الحرفية، إما للبدء في نشاطها الصناعي أو التجاري وإما لتجديد معداتها لتلتحق بركب التطورات التكنولوجية الحديثة ولذلك وجد عقد الايجار التمويلي في المنقولات مجالا خصبا للتطبيق.

وفقا للقواعد العامة يتعين أن يكون محل عقد الايجار التمويلي موجودا أو ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين[4]، وتتطلب بعض التشريعات المقارنة إلى جانب الشروط العامة توافر شرطين في محل عقد الايجار التمويلي وهما: تخصيص الأموال محل عقد الإيجار للاستعمال المهني أو الإنتاجي، وسبق شراء الأموال لأجل الايجار.

1 – تخصيص الأموال محل العقد للإستخدام المهني أو الإنتاجي:

حيث تشترط بعض التّشريعات أن تكون الأموال محل عقد الايجار التمويلي من معدات الإنتاج، التجهيزات والآلات التي تحتاجها المشاريع الصناعية والتجارية والحرفية، وهي بذلك تشترط في هذه الأموال أن تكون من أصول إنتاجية، ولذا فإن الأموال ذات الإستعمال الشخصي والأموال الإستهلاكية تخرج من نطاق عقد الإيجار التمويلي، ومع هذا فإن تحديد طبيعة الأموال محل العقد أثارت تساؤلا في الفقه الفرنسي، هو هل يمكن أن تكون الأموال المنقولة المخصصة للإستعمال الشخصي محلا لعقد التأجير التمويلي؟ وانقسم الفقه للإجابة على هذا التساؤل إلى فريقين:

الفريق الأول: ذهب هذا الفريق إلى عدم تطبيق أحكام عقد الإيجار التمويلي على تمويل شراء الأثاث المترلي، وحجتهم في ذلك أن عقد التأجير التمويلي نشأ في بيئة تجارية واقتصر تطبيقه على المعدات والآلات المخصصة

---

[1] – محمد حسين منصور، العقود الدولية، نفس المرجع، ص65.

[2] – عبد الحي حجازي، نظرية الالتزامات، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت 1982، ص320.

[3] – أنظر المادة 07 من الأمر 96 – 09 المتعلق بالاعتماد الايجاري.

[4] – انظر المادة 94 ق م ج.

للإستعمال في المجالات الصناعية، التجارية والمهنية، وبالتالي لا يطبق على المنقولات إذا كانت مخصصة للإستعمال الشخصي وإن كانت مادية[1].

الفريق الثاني: يرى هذا الفريق بأن عقد الايجار التمويلي يمتد ليشمل المنقولات المادية المخصصة للإستعمال الشخصي[2] وحجتهم في ذلك مبدأ الحرية التعاقدية، وأيّد بعض الرأي هذا الاتجاه على أساس أن القانون الفرنسي لم يبين نوع الإستعمال للمنقولات التي تكون محلا للعقد وبالتالي فهو يشمل المنقولات المادية أيا كانت الغرض المخصص له[3].

وفقا لهذين الرأيين نجد أن الاختلاف كان ينصب حول ما إذا كان تحديد طبيعة الأموال يتم وفقا لمعيار موضوعي يقوم على أساس طبيعة هذه الأموال، بغض النظر عن المجال الذي تستخدم فيه من قبل المستأجر أم أنه يتم بموجب معيار شخصي يعتمد على المجال الذي تستخدم فيه هذه الأموال من قبل المستأجر، وبإسقاط المعيار الموضوعي على المال محل عقد التأجير التمويلي فإن ذلك يقودنا إلى استبعاد الأموال التي لا تعد طبيعتها من معدات الإنتاج أو التجهيزات، و قد تبنى المجلس الوطني للائتمان بفرنسا Le conseil national de credit هذا المعيار الموضوعي[4].

في حين أن تطبيق المعيار الشّخصي يعني امتداد العقد ليشمل جميع المنقولات أيا كانت طبيعتها ما دامت أنها ستخصص للاستعمال المهني وليس لأغراض الاستهلاك أو الاستخدام الشخصي، وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه حيث قالت[5]: "إن قيام الشركة باستئجار سيارة سياحية مع خيار الشراء في نهاية العقد يعد من عمليات التأجير التمويلي ما دامت السيارة تستخدم لأغراض الإنتاج الصناعي أو التجاري أو المهني، أمّا إذا استخدمت لإشباع حاجات شخصية فلا ينطبق عليها وصف عتاد التجهيز، وأكدت المحكمة هذا المبدأ إذ أنها قررت لا توجد منقولات مستبعدة بطبيعتها من نطاق عقد الايجار التمويلي إنما العبرة بالغرض الذي تستأجر من أجله، وبما أن الشركة المستأجرة قد استأجرت الحاسبة لغرض الاستخدام الشخصي فلا يمكن وصف العقد بأنه ائتمان تأجيري.

أمّا الرّأي الراجح في الفقه، هو عدم امتداد عقد الايجار التمويلي للأشياء الاستهلاكية، أو ذات الاستعمال الشخصي[6]، أي ترجيح المعيار الشخصي لتحديد الأموال التي يمكن أن تكون محلا لهذا العقد، وهذا ما أخذت به الاتفاقية الدولية للإيجار التمويلي في المادة الأولى منها.

---

[1] - CABRILAC, Leasing - Rep, DALLOZ, droit civil, N°4, 1973.

[2] – إن اتفاقية أوتاوا المتعلقة بالإيجار التمويلي في المادة 4/1 تجيز أن يكون محل عقد الإيجار التمويل من المعدات المخصصة للإستعمال الشخصي أو العائلي.

[3] - Champaud, a loi du 2 juillet 196 sur le crédit bail, JC. Pm 1966 p 2021.

[4]– صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص92.

[5] - Cass. Com. DALLOZ, 1976 p 407.104أشار إليه علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص

[6] - عبد الستار الخويلدي، الإيجار المالي في فقه القضاء المقارن، مجلة القضاء و التشريع العدد 9 ، 1999، ص79.

2 – شــــراء الأموال لأجل الإيجار:

تشترط بعض القوانين، كالقانون الفرنسي[1] أن يتم شراء الأموال من قبل المؤجر وهذا الشرط في الواقع يتكون من عمليتين مترابطتين وهما أن تكون هناك عملية شراء تتبعها بعد ذلك عملية إيجار لهذه الأموال، وبموجب هذا الشرط فإن المستأجر لا يستطيع تنفيذ التزامه بتسلم الأشياء محل العقد إلا بتدخل شخص ثالث وهو المورد أو البائع الذي يشتري منه المؤجر هذه الأجهزة والمعدات بقصد تأجيرها للمستأجر المستفيد، ويترتب على تخلف هذا الشرط أن تفقد العملية وصفها كعقد تأجير تمويلي وتتخذ العملية وصفا قانونيا آخر كالبيع بالتقسيط أو البيع الايجاري، وفقا للشروط العقدية المتفق عليها[2]، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى اشتراط بأن يكون البائع شخصا غير المؤجر مما ثار معه جدل فقهي حول هل يعد شراء الأشياء متحققا في حالة شراء الأموال من المستأجر نفسه والأمر الذي أدى إلى انقسام الفقه الفرنسي في الإجابة على هذا التساؤل إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى الفقيه الفرنسي Dupoit الذي نادى بوجوب أن يتم الشراء من قبل شخص آخر من غير طرفي العقد، الأمر الذي يترتب على ذلك أنه لا تعد العملية تأجيرا تمويليا في حالة اجتماع صفتي البائع والمستأجر في شخص واحد، وتبريره في ذلك أن هذا العقد يهدف إلى تمكين المستأجر من الحصول على أجهزة ليست في حوزته عند إبرام العقد وهو بحاجة لهذا الغرض لمباشرة نشاطه التجاري أو الصناعي أو لغرض تطوير هذا النشاط.

الفريق الثاني: يرى أن العملية تعد ائتمانا تأجيريا طالما أن الأموال محل العقد يتم شراؤها بقصد تأجيرها، سواء أكانت مشتراة من قبل شخص آخر غير طرفي العقد أم كانت مشتراة من المستأجر نفسه.

يرجح الفقه الرأي الثاني وذلك بالنظر إلى الناحية الاقتصادية لهذا العقد فالهدف من هذا العقد هو تمويل المستأجر بالأموال التي يحتاجها سواء كانت في صورة آلات أو مهمات أو مبالغ سائلة يحتاجها مقابل شراء بعض أصول المشروع الثابت مع تخليه عن حيازتها على سبيل الإيجار.

ثانيا: المنقولات المعنوية:

يمكن أن يرد عقد التأجير التمويلي على المنقولات المعنوية كالمحل التجاري والمؤسسة الحرفية، ولما كان المحل التجاري من أهم المنقولات المعنوية التي يمكن أن ترد عليها الكثير من عقود الايجار التمويلي وهذا يساعد في نقل ملكية المشروعات التجارية والحرفية، إذ يمكن لأي حكومة استخدام هذه الصورة لتنفيذ عمليات الخوصصة عن طريق تأجير هذه المحال التجارية المملوكة لها تأجيرا تمويليا ينتهي غالبا بانتقال ملكيتها للمستأجر.

والمشرع الجزائري نص على التأجير التمويلي للمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية في المادة 09 من الأمر 96 – 09 على أنه:"يعتبر عقد الاعتماد الايجاري المتعلق بمحل تجاري أو بمؤسسة حرفية سندا يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر... محلا تجاريا أو مؤسسة حرفية من ملكه مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصالح المستأجر".

[1] – أنظر المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 66-455 المتعلق بعقد الإيجار التمويلي.

[2]– صخر احمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص95.

ما يمكن استقراؤه من هذا النص هو أن المشرع اشترط في المحل أو المؤسسة الحرفية بأن تكون ملكا للمؤجر وكيّف عقد التأجير في هذه الحالة على أنه وعد بالبيع من جانب واحد، ومنع إعادة تأجير المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية لصاحب الملكية الأول، فالمشرع هنا استبعد نهائيا التأجير التمويلي اللاحق على المحال التجارية والمؤسسات الحرفية، وهذا ما يبين لنا أن المشرع اتخذ موقفين مختلفين فيما يتعلق بملكية المال محل العقد، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خرج عما ذهبا إليه المشرعان الفرنسي والمصري اللذان ألحقا عقد الايجار التمويلي للأصول المنقولة المعنوية بنفس الأحكام التي تحكم الأصول المنقولة المادية، ومن ثمة تمتعها بالخيارات الثلاثة المقررة للمستأجر، حيث أضفى على عقد الإيجار التمويلي للمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية طابعا خاصا يتمثل في اشتراطه لملكية هذه الأصول عن طريق وعد بالبيع من جانب المؤجر لصالح المستأجر.

أمّا المشرع الفرنسي والمصري، فالمنقولات المعنوية التي يمكن أن تكون محلا لعقد الإيجار التمويلي تتمثل في المحلات التجارية وحقوق الملكية الصناعية وبراءات الاختراع والعلامات التجارية، و لم يشترط المشرع المصري في أن المال يكون ملكا للمؤجر فيمكن أن تشتريه من الغير، وهذا عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري.

وهناك صورة من صور الايجار التمويلي للمنقولات والذي يتم دراسة إعماله منذ فترة في فرنسا، وهو الإيجار التمويلي للأسهم Credit-bail d'action وتبدأ هذه العملية حين تحتاج إحدى شركات الأسهم إلى أمـــوال ولا ترغب في الاقتراض ولا تستطيع الحصول من المصارف ولا من الجمهور عن طريق إصدار سندات دين، وفي هذه الحالة تفكر الشركة بزيادة رأسمالها عن طريق إصدار أسهم جديدة للاكتتاب، وتتم هذه الصورة من صور التأجير التمويلي على مرحلتين، ففي المرحلة الأولى يتم الاكتتاب في جميع أسهم زيادة رأس مال المؤسسة المستأجرة التي ترغب في زيادة رأسمالها، وفي المرحلة الثانية تتولى شركة التأجير التمويلي بعد الاكتتاب في جميع أسهم الزيادة تقوم بتأجيرها في الحال إلى الشركة التي أصدرته لمدة محددة، في مقابل التزام الشركة المستفيدة بدفع مبلغ نقدي للشركة المؤجرة على دفعات (أقساط الأجرة المتفق عليها) يتم من خلالها تغطية رأس المال الذي اكتتب به في السهم وفائدة إجمالية لتغطية نفقاته وتحقيق هامش ربح، وللمؤجر في نهاية المدة المتفق عليها لعقد التأجير التمويلي أن يقوم بإعادة نقل الملكية الأسهم إلى الشركة التي أصدرتها في مقابل الوفاء بقيمتها المتبقية وذلك بإلغاء الأسهم وضم فائض القيمة الناتجة عن العملية إلى رأسمالها[1].

الفقرة الثانية: الأصول غير المنقولة (العقارات):

إن محل عقد الايجار التمويلي لا يقتصر على الأموال المنقولة فقط، بل يشمل الأصول غير المنقولة وهذا ما نصت عليه المادة 3/1 من الأمر رقم 96–09 بقولها "ويتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني "وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح أصول غير منقولة والتي تقابلها في الترجمة الفرنسية Biens Immobiliers أي أموال عقارية وفي هذا حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في

[1] - GIOVANOLI, op.cit. p112. Bey et GAVALDA, le crédit-bail mobilier, op.cit, p116.

قانون 66-455 في استعماله نفس المصطلح، وتطرح فكرة العقارات كموضوع للإيجار التمويلي إشكاليتين، الأولى تتعلق بالأشياء العقارية كموضوع للتأجير التمويلي والثانية تتعلق بالعقارات بالتخصيص.

أولا: إشكالية الأشياء العقارية كموضوع للتأجير التمويلي:

يميز القانون بين العقار كشيء والعقار كمال، فالعقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، وعرّفه المشرع الجزائري بأنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك فهو منقول[1].

بينما يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك الملكية وكل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار[2].

وبالتالي فإن المفهوم المنضبط للعقار إنما يرد على العقار كشيء[3] وليس كمال وهذا خطأ في الصياغة حيث أنه لا يتصور أن يكون عقد الايجار التمويلي مستندا إلى حقوق عينية عقارية، ويضاف إلى ذلك أن المشرع الفرنسي وكذلك نظيره الجزائري بتكييفه عقد التأجير التمويلي باعتباره في جوهره عقد إيجار يكون قد تحدد لديه أن موضوع الأداء الرئيسي أي التمكين من الانتفاع إنما يرد على الأشياء.

ثانيا: إشـــكالية العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص:

بعد استبعاد الأموال العقارية كموضوع للتأجير التمويلي، تبقى العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص فهل يصلح هذين النوعين لأن يكونا موضوعا لعقد الايجار التمويلي؟

1- العقارات بطبيعتها:

إن الأرض الفضاء أو العارية غير المبنية لا تصلح أن تكون موضوعا لعقد الإيجار التمويلي، وهو ما يستفاد من المادة 8 من الأمر 96-09 إذ يجب أن يكون هناك عقار مشيد على هذه الأرض الفضاء، ويتم هذا بشراء شركة التأجير التمويل عقارا مبني مسبقا، ثم تقوم بتأجيره للمشروع المستفيد مقابل التزام المستأجر بدفع الأقساط النقدية المتفق عليها مع تمتعه في نهاية مدة الإيجار غير القابلة لإلغاء بالخيار الثلاثي الذي يتميز به عقد الإيجار التمويلي، فإذا ما أعمل المشروع المستفيد (المستأجر) خياره بشراء هذا العقار يكون له ذلك مقابل دفع مبلغ رمزي، ولقد جرى التعامل أحيانا في فرنسا على تحديد مقابل تملك المستأجر للعقار في نهاية مدة الإيجار بثمن رمزي يتمثل بفرنك فرنسي واحد، وهذا ما أخذ به بنك البركة الجزائري في قانونه الأساسي الذي ورد تحت عنوان التمويل بصيغة الإعتماد الإيجاري حين أعطى المستأجر إمكانية تملك الأصول المنقولة وغير المنقولة مقابل ثمن رمزي يتمثل في الدينار الرمزي.

---

[1] - المادة 683 ق م ج.

[2] - Bey et Gavalda, Le crédit – bail immobilier, op. cit p119.

[3] – هاني محمد دويدار، الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص61.

لكن في الواقع العملي، من النادر أن نجد عقار مشيد يتفق مع رغبات المشروع المستفيد، لذلك كثيرا ما تلجأ إلى بناء هذه العقارات وفقا لرغبات المشروع المستفيد وهذه هي الطريقة الغالبة في عمليات الإيجار التمويلي لغير المنقول.

لكن لتقوم شركة الإيجار التمويلي بذلك فلابد من الحصول على قطعة أرض، ويشهد العمل في هذا الصدد فرضين مختلفين : يتمثل الفرض الأول في ملكية الغير للأرض بينما يتمثل الثاني في ملكية المستفيد ذاته لهذه الأرض، فإذا كانت الأرض مملوكة للغير تتملكها شركة التأجير التمويلي عن طريق الشراء من الغير، ولكن يلاحظ أن شركات التأجير التمويلي كثيرا ما تعلق شرائها للأرض على شرط حصولها على الترخيص الإداري اللازم للبناء وذلك حتى تتفادى تملك الأرض في حالة استحالة المضي بتنفيذ الإتفاق المبرم بينها وبين المستفيد.[1]

أمّا إذا كانت الأرض مملوكة للمستفيد المستأجر فلا شك أن دور شركة التأجير التمويلي يقتصر على تمويل البناء، ومع ذلك يلجأ الطرفان إلى إبرام عقد خاص بإيجار الأرض إلى شركة التأجير التمويلي بوحي من بعض الصور الخاصة لعقود الإيجار التي يعرفها القانون الفرنسي، فيتم إبرام عقد إيجار بنائي أو عقد إيجار حكري.

ويخول كل من الإيجار البنائي والإيجار الحكري حقا على الأرض المؤجرة يكون سندا لشركة التأجير التمويلي في ملكية المباني المقامة على هذه الأرض طوال مدة الإيجار، ويتضح من ذلك مدى حرص شركة التأجير التمويلي على تملك المباني التي تقوم بتأجيرها للمستفيد.

2 - إشكالية العقار بالتخصيص:

إنّ المفهوم القانوني للعقار يتجاوز العقارات بطبيعتها إلى العقارات بالتخصيص، وهذا الأخير يعرف [2] بأنه المنقول الذي يرصده صاحبه لخدمة عقار يملكه وعليه فإن شروط العقار بالتخصيص هي:

- إتحاد المالك، أي ثبوت ملكية شخص واحد لكل من المنقول و العقار.
- تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله وإن لم يكن التخصيص دائما ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله.

لكن التساؤل يثور حول مدلول العقار في الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري بين قصر نطاق تطبيقه على العقارات بطبيعتها أم شموله فضلا عن ذلك العقارات بالتخصيص.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد إلى أن اتجاها في الفقه الفرنسي ذهب إلى أن مدلول الأموال العقارية في قانون 66-455 يشمل كل من العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص[3].

إلا أن شرط إتحاد المالك لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص يحول دون إمكانية ورود عملية التأجير التمويلي على المنقول استقلالا عن العقار على الأقل بوصفه عقارا بالتخصيص.

---

[1] – وجدير بالإشارة إلى أن الشرط الواقف المتقدم ليس من قبيل الشرط الإرادي المحض إذ لا يتوقف تحققه على محض إرادة شركة التأجير التمويلي وإنما يتوقف أيضا على قرار الجهة الإدارية المختصة بمنح الترخيص.

[2] – تنص المادة 683 من ق.م.ج. على أنه "... غير المنقول الذي يرصده صاحبه في عقار و يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، يعتبر عقارا بالتخصيص".

[3] - BIRBES, Aspect juridiques du crédit-bail immobilier. Cahier du droit de L'entreprise, mars – avril 1972, p7.

ولا يعني ما تقدم أنه لا يتصور أن يكون موضوع التأجير التمويلي عقارا بالتخصيص ولكن بشرط أن يشمل اتفاق الطرفين كلا من العقار بطبيعته والمنقول المرصود لخدمته أو استغلاله.

وهناك إشكالية أخرى تتعلق بمدى احتفاظ المال المنقول المؤجر بطبيعته حتى ولو كان المستأجر ثبته أو ألحقه بعقار، فلو تم تثبيت المنقول في عقار مملوك لغير المؤجر سواء أكان العقار مملوكا للمستأجر أو للغير فلا يؤثر تثبيت المنقول أو إلحاقه بالعقار على طبيعته كمنقول لانتفاء شرط إتحاد المالك اللازم لصيرورة المنقول عقارا بالتخصيص، وعلى ذلك إذا كان العقار المرصود لخدمته مرهونا رهنا رسميا فلا يعتبر من مشتملات الرهن وبالتالي لا يمتد إليها حق الدائن المرتهن، أما إذا كان عقد التأجير التمويلي يشمل كلا من العقار المنقول يصبح هذا الأخير عقارا بالتخصيص.

الفرع الرابع: السبـــب

يشترط في عقد الايجار التمويلي ما يشترط في كل تصرف قانوني من وجود السبب، ويعرف السبب بأنه الدافع أو الباعث الذي أدى بكل من أطراف العقد إلى التعاقد[1]، ويشترط في السبب بأن يكون موجودا ومشروعا[2] غير مخالف للنظام العام والآداب، فإذا تخلف السبب أو كان الباعث على التعاقد مخالفا للنظام العام أصبح العقد باطلا لتخلف أحد أركانه، ويجوز إثبات عدم المشروعية بكافة طرق الإثبات.

والغرض الذي يهدف طرفا العقد إلى تحقيقه يتمثل في المنفعة التي ستعود على كل منهما، فبالنسبة إلى المستأجر أنه في حاجة لاستعمال الآلات أو المعدات أو المهمات التي لا يستطيع شراءها بإمكانياته المالية المحدودة، ومن ناحية المؤجر هو استثمار أمواله حيث يقوم بشراء الآلات والتجهيزات والمعدات ويسترد ثمنها في صورة أجرة دورية مضافا إليها فوائد طوال مدة العقد.

أمّا إذا كان هدف المؤجر من عقد شراء الأموال شيئا آخر غير تمكين المستأجر من الانتفاع بها بطل العقد لانعدام السبب، ويترتب على بطلان عقد الشراء موضوع العقد بطلان العملية كلها على أساس أن بطلان عقد الشراء يعني تخلف موضوع عقد التأجير وبالتالي بطلان هذا العقد تبعا لذلك[3]، أمّا إذا كان هدف المستأجر من استئجار الآلات هو استعمالها في أغراض تخالف النظام العام والآداب فيترتب على عدم مشروعية السبب بطلان العقد برمته.

---

[1] – عبد الكريم حسني، نظرية السبب، مقارنة بين القانون الوضعي و ما يشبهه في الفقه الإسلامي، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977، ص20.

[2] – راجع المادتين 97 و 98 ق.م.ج.

[3] – إلياس ناصيف، عقد الليزنغ، مرجع سابق، ص108.

الفرع الخامس: الأهليـــة

إن طرفا عقد الإيجار التمويلي هما شركة الإيجار التمويلي (المؤجر) والمشروع المستفيد (المستأجر)، ولما كانت القاعدة في أن عقد الإيجار هو عمل من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف، فسنرى مدى توافق هذه القاعدة مع أحكام عقد الإيجار التمويلي بالنسبة لكل من المستأجر والمؤجر.

الفقرة الأولى: بالنسبة لشركة التأجير التمويلي (المؤجر):

لما كانت القواعد العامة تقضي بأن عقد الإيجار هو من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وتعتبر من أعمال الإدارة فإنه يكفي توافر أهلية الإدارة[1] في المؤجر لأن عقد الإيجار لا يتعرض لملكية العين المؤجرة وإنما استثمارها عن طريق تمكين الغير من الانتفاع بها لمدة محددة مقابل القيمة الايجارية التي يتم الاتفاق عليها واسترداد المؤجر للعين المؤجرة في نهاية المدة المتفق عليها في العقد، أما في عقد الإيجار التمويلي فقد لا يعود الأصل المؤجر إلى شركة التأجير التمويلي بعد انتهاء المدة المتفق عليها للعقد إذا أعمل المستأجر خيار الشراء المقرر له[2] بناءا على وعد منفرد بالبيع من جانب شركة التأجير التمويلي لذا يجب توافر أهلية التصرف في شركة التأجير التمويلي إذا أعمل المشروع المستفيد (المستأجر) خيار الشراء المقرر له وخاصة أنه يراعي في تقديم الثمن ما تم دفعه من أقساط الأجرة طوال مدة عقد الإيجار.

الفقرة الثانية: بالنسبة للمشروع المستفيد (المستأجر):

قد يكون المستأجر شخصا طبيعيا أو معنويا، فإذا كان شخصا طبيعيا يجب أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية أي أهلية التّصرف لأنه يقوم أثناء فترة الإيجار بسداد أقساط الأجرة التي غالبا ما تكون مرتفعة عن القيمة الايجارية في عقد الإيجار العادي، كما يمكن للمستأجر أن يقوم بإعمال خيار شراء الأصل المؤجر وهذا يقتضي توافر الأهلية اللازمة لإبرام عقد البيع وهي بلوغ سن التاسعة عشر كاملة غير محجور عليه.

وإذا كان المستأجر شخصا معنويا يجب أن يكون قد تم تأسيسه وفقا للشكل الذي حدده القانون، ويقوم بإبرام عقد الإيجار التمويلي ممثل عن الشخص المعنوي المستأجر فيكون مفوضا بإبرام العقود باسمه وتكفي بالنسبة للممثل القانوني أهلية الإدارة على اعتبار أن الالتزامات التي يرتبها عقد الإيجار التمويلي تنصرف إلى الذمة المالية للشخص المعنوي المستأجر.

وهناك إشكالية تثور حول أهلية الوكيل المتصرف القضائي في إبرام عقد الإيجار التمويلي باسم الشخص المعنوي في أثناء توليه مهام تصفية المشروع، فذهب بعض الفقه إلى أنه لا يكون أهلا لإبرام عقود الإيجار التمويلي إذ في هذه الحالة يعتبر وكيلا عن جماعة الدائنين، ولا يمثل المشروع المستفيد.

---

[1]- هناك معيار للتفرقة بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة فكل تصرف ينطوي على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أو ترتيب حق عيني عليه يعتبر من أعمال التصرف وما عدا ذلك يعتبر من أعمال الإدارة، أنظر السنهوري، الوسيط، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص114.

[2]- أنظر المادة 16 من الأمر 96- 09 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

فيتضح مما سبق، أنه و نظرا لخصوصية عقد الإيجار التمويلي فإن القواعد العامة تقتضي بأن عقد الإيجار من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر وباعتباره من أعمال الإدارة وليس من أعمال التصرف فيكفي توافر أهلية الإدارة لدى المؤجر عكس المؤجر التمويلي، يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف لأن ملكية المال المؤجر قد تنتقل إلى المشروع المستفيد في نهاية عقد الإيجار التمويلي، إذا أعمل الأخير خيار الشراء المقرر له بناءا على وعد منفرد بالبيع من جانبه، وهذا عمل قانوني يستوجب فيه أهلية التصرف.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية في عقد الإيجار التمويلي

الأصل في العقود الرضائية، أي أنها تنعقد بمجرد تراضي طرفي العقد دون الحاجة إلى شكل معين، ولعّل هذا الغالب في العقود التجارية، ويطبق على عقد الإيجار التمويلي إذ يكفي لانعقاده اقتران الإيجاب بالقبول، ولخصوصية عقد الإيجار التمويلي وما ينشأ عن حيازة المستفيد للأصل من وضع ظاهر يوحي للغير بملكية المستفيد له فيعول على اعتباره عنصرا من الضمان العام للدائنين المقرر لهم في ذمة المستفيد ومن شأن ذلك خلق حالة يسار ظاهر للمستفيد تزداد عواقبه إذا كان الأصل المؤجر من العناصر القيمية الهامة التي يعول عليها الغير لمنح ائتمانه للمستفيد، ولذا أخضعه المشرع لإجراءات شهر معينة، خاصة العقود الواردة على المنقول حماية للغير، ولا سيما دائني المشروع المستأجر، وعقود الإيجار التمويلي للأصول غير المنقولة تخضع كذلك للشهر[1]، ولذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نعرض في الأول للكتابة في عقد الإيجار التمويلي والثاني لشهر عقد الإيجار التمويلي.

الفرع الأول: الكتابة في عقد الإيجار التمويلي

على الرغم من أن عقد الإيجار التمويلي من العقود الرضائية، التي تنعقد بتوافر الأركان الموضوعية دون حاجة لاتخاذ شكل معين إلا أن العرف قد جرى على كتابة هذا العقد تمهيدا لاتخاذ إجراءات شهره حتى يحتج به على الغير، وسنعرض لأهمية الكتابة كوسيلة إثبات وليست ركنا للإنعقاد على النحو التالي :

الفقرة الأولى: أهمية الكتابة:

لما كان المشرع الجزائري وهو بصدد تنظيم عقد الإيجار التمويلي بالأمر 96-09 لم يضع شكلا معينا لإبرام عقد التأجير التمويلي، فإن هذا العقد يرتد إلى الأصل وهو الرضائية، باعتبار الشكلية استثناء لا تتقرر إلا بنص صريح، ورغم عدم نص المشرع الجزائري صراحة على شكل معين لإبرام عقد الإيجار التمويلي، إلا أنه يجب كتابة هذا العقد لاتخاذ إجراءات شهره بقيده في السجلات الممسوكة من طرف مأموري ملحقات المركز الوطني للسجل التجاري، وهذا ما يستقى من نص المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي[2] رقم 06-90 عندما أوجبت هذه المادة القيد في أجل ثلاثين يوما ابتدءا من تاريخ إمضاء العقد، فالكتابة هنا عرفية لأن المشرع أشار إلى الإمضاء،

---

[1] – ليل زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر 2002، ص64.

[2] – انظر المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المؤرخ في 26 فبراير 2006 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ج ر عدد10.

وهو من شروط الكتابة العرفية[1]، لأنه لو كانت الكتابة رسمية لنص المشرع صراحة على وجوب تحرير هذا العقد لدى الموثق، أو الضابط العمومي[2].

أمّا بالنسبة لعقد الإيجار التمويلي للأصول غير المنقولة فأوجب المشرع في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-91 على أن يحرر العقد لدى الموثق، وهذا أمر منطقي لأن جميع التصرفات المتعلقة بالعقار تشترط فيها الشكلية وهي ركن للإنعقاد، ويترتب على تخلفها البطلان المطلق، ويجب أن يتضمن العقد المحرر لدى الموثق البيانات التالية:

- تعيين الموثق محرر عقد الإعتماد الإيجاري .
- تحديد تاريخ العقد.
- تعريف المستفيد من العقد وهو المستأجر.
- تحديد مدة العقد.
- التحديد الإجمالي للمبلغ الواجب تسديده للمؤجر .
- منح خيار الشراء للمستفيد، مع تحديد تاريخ تبليغ خيار الشراء.

نخلص مما سبق لأهمية الكتابة في عقد الإيجار التمويلي لأنها تتضمن الكثير من البيانات التي لا تترك لذاكرة الأطراف، وتختلف الكتابة في عقد الإيجار التمويلي للأصول غير المنقولة فتعتبر ركنا للإنعقاد ويترتب على تخلفها بطلان العقد بطلان مطلقا، ويثيره القاضي من تلقاء نفسه ولا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفته، أمّا في عقد الإيجار التمويلي للمنقولات فالكتابة هي وسيلة للإثبات وليست للإنعقاد، ومن هنا يثور التساؤل هل الكتابة هي الوسيلة الوحيدة لإثبات عقد الإيجار التمويلي ؟

الفقرة الثانية:وسائل إثبات عقد الإيجار التمويلي :

يعتبر عقد الإيجار التمويلي من العقود التجارية، وتعتبر قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية من المقومات الأساسية في الميدان التجاري، حيث يجوز إثبات العقود التجارية بطرق الإثبات كافة، لذلك تثبت العقود التجارية بسندات رسمية، بسندات عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل وبالبينة [3]، ولكن في عقد الإيجار التمويلي استقراءا لإرادة المشرع[4] نجد أنه يستلزم لإثبات هذا العقد الكتابة وهذا يعتبر خروجا عن القاعدة في الإثبات في العقود التجارية على اعتبار أن عقد التأجير التمويلي من العقود التجارية.

إنّ هذا الخروج اقتضته ضرورات اقتصادية وفنية أملت على المتعاقدين وجوب كتابة هذا العقد، لأن هذا العقد يختلف عن غيره من العقود التجارية حيث يتضمن شروطا كثيرة وشديدة التعقيد، حيث يتضمن بيانات

---

[1] - زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر1987، ص95.

[2] - انظر المادة 324 ق م ج المعدل والمتمم.

[3]- انظر المادة 30 من ق ت ج.

[4] - انظر المادة 17 و18 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتمالد الإيجاري.

تفصيلية تتعلق بالأصل المؤجر وحالته وأطراف العقد ومدته، ويتضمن الإلتزامات الملقاة على عاتق أطرافه وهي غاية في الدقة يصعب تركها للذاكرة .

ومما لاشك فيه أن ما يحتوي عليه العقد في مراحله المختلفة من الانعقاد إلى ترتب الآثار إلى الإنقضاء، لا يمكن إثباتها بغير الكتابة، فإذا لم يكن العقد مكتوبا لا يمكن معرفة متى يبدأ العقد وكيف تترتب آثاره ومتى ينتهي وغيرها من المسائل التي لا يمكن التحكم بها إلا إذا كانت مكتوبة بشكل واضح ومفهوم مما لاتدع مجالا للشك فيها ، وكل ذلك لا يتفق مع الإثبات بالوسائل الأخرى كالبينة مثلا.

الفرع الثاني : شهر عقد الإيجار التمويلي

إن انعدام كل شهر لعقد التأجير التمويلي يضر بمصالح الغير ممن يتعاملون مع المستفيد، إذ يقع الغير في غلط حول يسار المستفيد إذا اعتبر الأصل المؤجر منقولا كان أو عقارا عنصرا من العناصر الايجابية لذمته المالية والتي يتشكل منها الضمان العام لدائنيه.

وكان مراد التشريعات التي أوجبت نظام الشهر القانوني لعقد التأجير التمويلي هو حماية مصالح الغير عن طريق رد الوضع الظاهر الناجم عن حيازة المستفيد للأصل ورفع الغلط حول حقيقة يساره[1]، ذلك أنه عن طريق إشهار عقد التأجير التمويلي يعلم الكافة بملكية شركة التأجير التمويلي للأصل وحقيقة الطابع المادي والعرضي لحيازة المستفيد له.

ويزيد من أهمية خضوع عقود التأجير التمويلي للشهر إبرام عقود التأجير التمويلي اللاحق، حيث أن المستفيد يكون مالكا للأصّل ابتداء ثم يقوم ببيعه إلى شركة التأجير التمويلي ويحتفظ بحيازته على سبيل الإيجار، في هذه الحالة لا يكون في مقدور الغير تبيّن تحول حيازة المستفيد للأصل من حيازة قانونية إلى مجرد حيازة مادية، مع ما يترتب على ذلك من انتقاص للضمان العام للدائنين إذا لم يعد الأصل مملوكا للمستفيد لذلك لا يثور أدنى شك حول وجود مصلحة للغير في إشهار عقود التأجير التمويلي.

ومن ناحية أخرى كثيرا ما يأخذ القضاء بالأوضاع الظاهرة عندما يثور النزاع بين مالك الأصل الحقيقي ودائني حائز هذا الأصل، إذ بينما يطالب الأول باسترداده يتمسك الآخرون بالتنفيذ عليه باعتباره عنصرا من عناصر الضمان العام المقرر لهم على ذمة مدينهم، وهذا ما يلاحظ أن الاتجاه العام للقضاء الفرنسي هو نحو ترجيح الأوضاع الظاهرة في مجال الإفلاس، ففي حالة شهر إفلاس الحائز غالبا ما يأخذ ما يعتد بالوضع الظاهر الذي يفضي إلى اعتبار المال ضمن أموال التفليسة مرجحا مصلحة جماعة الدائنين على مصلحة المالك الحقيقي[2].

---

[1] - Bey : jcp 1974 / 17640.note sous cour d'appel de Montpellier, 2eme chambre 20 Novembre 1973.

[2] - RIPERT et ROBLOT, Taité élémentaire de droit commercial LGDJ, paris Tome 2, 9eme édition 1981, p.314.

أمّا بالنسبة للمستفيد فإن شهر عقد التأجير التمويلي لا يضره في شيء فالأصل المؤجر غير مملوك له، وبالتالي لا يستطيع التمسك به كعنصر من عناصر ذمته المالية ولا يكون تنظيم الشّهر القانوني إلا تحقيقا للتوازن المقبول عدالة بين مصالح شركة التأجير التمويلي ومصالح الغير ممن يتعاملون مع المستفيد.

وعليه فإن لنظام الشّهر أهمية بالنظر إلى مختلف المصالح التي ترتبط بعقود التأجير التمويلي سواء تمثلت في مصلحة الغير ممن يتعاملون مع المستفيد أو مصلحة شركة التأجير التمويلي أو مصلحة المستفيد.

ثانيا: إجراءات شهـــر عقود التأجير التمويلي:

لما كانت حيازة المشروع المستفيد للأصل المؤجر تخلق وضعا ظاهرا يوحي للغير بملكيته لهذا الأصل، لذا وجب شهر عقد التأجير التمويلي لحماية الغير الذي يتعامل مع المؤجر، ونجد أن مختلف التشريعات التي نظمت هذا العقد أوجبت شهره، فالمشرع الفرنسي أوجب إجراءات الشهر في المادة 3/1 من القانون 66-455 المتعلق بالإيجار التمويلي والذي يحدد إجراءات هذا الشهر وشروطه عن طريق مرسوم، ورتب جزاء عدم الاحتجاج بعقد الإيجار التمويلي في حالة عدم استيفاء إجراءات الشهر وشروطه، وقد صدر فعلا هذا المرسوم في 04 جويلية 1972[1]، وقد ميز هذا المرسوم بين شهر عقود التأجير التمويلي للمنقولات وشهر عقود التأجير التمويلي العقاري، أمّا المشرع المصري فأوجب شهر عقود التأجير التمويلي بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 95 لسنة 1995 دون تفرقة بين شهر عقود التأجير التمويلي للمنقولات وشهر عقود التأجير التمويلي للعقارات[2].

أمّا المشرع الجزائري فنص في المادة 6 من الأمر 96-09 على وجوب إشهار عمليات الإيجار التمويلي يحدد كيفياته عن طريق التنظيم[3] وقد صدر مرسومين تنفيذيين لهذا الغرض، المرسوم رقم 06-90 الذي يحدد كيفية إشهار الإيجار التمويلي للمنقولات والمرسوم 06-91 [4] الذي يحدد كيفية إشهار عقود التأجير التمويلي للعقارات، وعليه نجد أن المشرع الجزائري ميز بين شهر عقود التأجير التمويلي للمنقولات والعقارات متفقا في ذلك مع المشرع الفرنسي ومخالفا للمشرع المصري في ذلك.

1 – إجراءات شهر عقد الإيجار التمويلي للمنقولات:

تناول المرسوم التنفيذي رقم 06-90 تحديد إجراءات شهر عقود التأجير التمويلي، ويتحقق الشهر عن طريق قيد العقد على النحو المبين في هذا المرسوم التنفيذي، وسنتناول تباعا لكيفية إجراءات القيد، تعديله، نفاذه، محوه وأخيرا للجزاء المترتب على تخلف شهر عقد التأجير التمويلي للمنقولات.

أ- إجراءات القيـــد:

لقد تطلب المشرع الجزائري إعداد سجل عمومي خاص لضمان الشهر القانوني لعقود الإيجار التمويلي للأصول المنقولة والإيجار التمويلي المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية في المركز الوطني للسجل

---

[1]- Journal Officiel 4 juillet 1972 p. 7457. DALLOZ 1972 législation 416.

[2] – عبد الرحمن السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص57.

[3] – تنص المادة 6 من الأمر 96-09على انه" تخضع عمليات الاعتماد الايجاري إلى إشهار يحدد كيفياته عن طريق لتنظيم".

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 06-91 المؤرخ في 06 فبراير 2006 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، ج ر عدد 10.

التجاري[1] مع إلزام أعوان الملحقات المحلية للمركز الوطني للسجل التجاري بمسك هذه السجلات مع تمكين الجمهور من الاطلاع عليها تحت سلطتهم المباشرة.

ويقع التزام قيد عقود الإيجار التمويلي على عاتق المؤجر [2]، إذ يجب أن يتم هذا القيد في أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ إمضاء هذا العقد، وفي إلزام المؤجر بذلك لمصلحته بإجراء القيد وذلك لإعلام الغير بملكيته للأصول المؤجرة.

ويجب إجراء القيد على نحو يسمح بتعيين أطراف العقد من جانب وتعيين الأموال التي يرد عليها من جانب أخر.

أمّا المشرع الفرنسي فقد أوجب في المادة الثانية من المرسوم رقم 72-665 قيد البيانات المشار إليها في المادة الأولى المتعلقة بعقود الإيجار التمويلي للمنقولات بناءا على طلب منشأة التأجير التمويلي في السجل المعد لذلك بقلم كتاب المحكمة التجارية أو الابتدائية المختصة بالفصل في المنازعات التجارية.

فيتضح من ذلك أن الالتزام بطلب شهر عقود الإيجار التمويلي يقع على عاتق المؤجر وإن كان هذا المرسوم لم يحدد ميعادا لإجراء القيد من خلاله، خلافا للمشرع الجزائري الذي حدد هذه المدة بثلاثين يوما.

وتحدد الجهة المختصة بالتسجيل بقلم كتاب المحكمة التجارية أو المحكمة الابتدائية المختصة بالفصل في المنازعات التجارية في الفرض الذي لا توجد فيه محكمة تجارية، ويترتب على ذلك أن شهر عقود التأجير التمويلي نظام قضائي في فرنسا و يمكن معه إضفاء حجية قطعية على صحة البيانات الواردة في السجل[3].

ب - تعديل القيـــد:

تنص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 والمادة1/4 من المرسوم رقم 72-665 فرنسي على وجوب التأشير على هامش القيد بجميع التعديلات التي ترد عليه، ويترتب على ذلك أنه في حالة تصرف شركة التأجير التمويلي في المنقول المؤجر يجب التأشير بذلك على هامش القيد مع تعيين شخص المتصرف إليه.

وقد يؤدي التعديل إلى تغيير الاختصاص الإقليمي للمركز الوطني للسجل التجاري فيجب على المؤجر في هذه الحالة بأن يقوم بقيد التعديلات في سجلات ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري المختصة إقليميا[4].

ج- تجديد القيـــد:

إنّ المشرع الجزائري والمشرع المصري وإن أوجبا شهر وقيد عمليات عقود التأجير التمويلي للمنقولات لإعلام الغير بملكية شركة التأجير التمويلي للمنقول محل عقد الإيجار التمويلي وأن المستأجر المستفيد يحوز هذا المنقول حيازة عرضية مادية على سبيل الإيجار إلا أنه لم يحدد مدة معينة يسقط بعدها قيد عقد التأجير التمويلي،

---

[1] - أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي 06-90 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة.

[2]- المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[3]- هاني محمد دويدار، النظام القانوني لعقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص187.

[4]- أنظر المادة 2/5 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 90 السالف الذكر.

أمّا القانون الفرنسي فحدد مدة معينة بخمس (05) سنوات بعدها يسقط القيد إذا لم تتم شركة التأجير التمويلي بإعادة قيده من جديد على ضوء البيانات التي تم تعديلها في العقد.

د- شطب القيـــد:

تنص المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 على أنه يجب شطب قيد العقد من السجل الخاص بشهر عقود التأجير التمويلي للمنقولات إما بناءا على ما يفيد اتفاق الأطراف على ذلك وإما بناءا على حكم أو قرار حائز لقوة الشيء المقضي فيه أو بانقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد، ويتضح من ذلك أنه لا يجوز لأعوان ملحقات السجل التجاري شطب هذا القيد من تلقاء أنفسهم، وإنما يتم ذلك وفقا للحالات المبينة في المادة 6 من الأمر 06-90، ويشطب القيد في حالة ما إذا قرر المستأجر حق الخيار بالشراء في التاريخ المتفق عليه.

ويشطب قيد عقد الإيجار التمويلي إذا قرر المستأجر حق الخيار بالشراء في التاريخ المتفق عليه عن طريق رسالة مضمونة الوصول خلال خمسة عشر (15) يوما على الأقل قبل هذا التاريخ[1].

وفي حالة زوال العقد بالفسخ تستطيع شركة التأجير التمويلي الاستناد إلى الحكم الصادر بفسخ العقد لطلب شطب القيد الخاص به ويشترط المشروع أن يكون الحكم القضائي حائزا لقوة الشيء المقضى به لإمكان شطب القيد حتى لا يتأثر بإلغاء الحكم أمام المجلس القضائي[2].

هـــ جزاء تخلف الشـــهر:

الغاية من قيد الإيجار التمويلي للمنقولات في السجل الخاص الممسك من طرف أعوان ملحقات المركز الوطني للسجل التجاري تكمن في إعلام الكافة بإبرام العقد، ولذلك أجازت المادة 2/2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المتعلق بشهر عقود الإيجار التمويلي للمنقولات، وتمسك هذه السجلات مع تمكين الجمهور من الإطلاع عليها تحت السلطة المباشرة لأعوان الملحقات المحلية للمركز الوطني للسجل التجاري وبذلك يستطيع الغير الوقوف على ما يكون لشركة التأجير التمويلي من حق ملكية المنقول محل عقد التأجير المشهر.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم ينص على الجزاء المترتب على تخلف الشهر في حين نجد المشرع الفرنسي نص على الجزاء[3] في حالة عدم اتخاذ إجراءات الشهر، على أنه لا يكون لشركة التأجير التمويلي الاحتجاج بحقوقها على الأموال التي احتفظت بملكيتها في مواجهة دائني المستفيد أو خلفه الخاص الذي تلقى عنه المنقولات بعوض ما لم يقم الدليل على علم هؤلاء بوجود هذه الحقوق المقررة لها.

وعليه يتبين أنّ الجزاء الذي يترتب على تخلف الشهر هو عدم نفاذ ملكية شركة التأجير التمويلي للمنقولات المؤجرة، إلا أن المشرع الفرنسي نص على أن الجزاء مقصور على عدم جواز الاحتجاج بحق الملكية في مواجهة

---

[1]- أنظر المادة 45 من الأمر رقم 96- 09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[2]- أما إذا ترتب الفسخ بموجب الشرط الفاسخ الصريح فإنه يكفي إقامة شركة التأجير التمويلي الدليل على أعماله لطلب شطب القيد، ويستند الطلب في هذه الحالة إلى إرادة الطرفين لأن الشرط الفاسخ الصريح يتضمنه عقد التأجير التمويلي الذي كان محلا لتراضي الطرفين.

[3] - المادة 8 من المرسوم 72-665 المتعلق بشهر عمليات التأجير التمويلي للمنقولات الفرنسي.

دائني المستفيد أو في مواجهة خلفه الخاص الذي تلقى المنقول المؤجر بعوض، أما في مواجهة غير هؤلاء تستطيع شركة التأجير التمويلي الاحتجاج بملكيتها مثل خلف المستفيد الذي تلقى عنه المنقول بدون عوض.

ويشترط في الدائن أو الخلف الخاص أن يكون حسن النية أي يجهل بتعلق حق شركة التأجير التمويلي على المنقول أما إذا كان يعلم بذلك تستطيع الشركة الاحتجاج بما لها من حق على المنقول ولو تخلف شهر العقد، ويقع عبء إثبات سوء نية الدائن أو الخلف الخاص على عاتق شركة التأجير التمويلي[1].

[1] – هاني دويدار، النظام القانوني لعقد الايجار التمويلي، مرجع سابق ، ص193.

خلاصـــة الفصـــل

تناولنا في هذا الفصل النظام القانوني لعقد الإيجار التمويلي، حيث عرضنا للتمييز بين عقد الإيجار التمويلي والعقود التي قد تشتبه به لأن هذا الأخير يتكون من عدة قوالب للقانون الخاص، تم تطويعها بما يتناسب وطبيعة هذا العقد، ثم توصلنا للطبيعة القانونية الخاصة لعقد الإيجار التمويلي والنتائج المترتبة على هذا العقد وهي احتفاظ المؤجر بملكية الأصل المؤجر الذي يمثل له ضمانا في حالة شهر إفلاس المستأجر أو إعساره حيث لا يدخل الأصل المؤجر في تفليسة المستأجر أو في الضمان العام للدائنين.

وعرضنا في المبحث الثاني لكيفية إبرام عقد الإيجار التمويلي، حيث يمر هذا العقد بمراحل تمهيدية لإبرامه وهي مرحلة المفاوضات، والتي ينبغي أن تقوم على مبد أحسن النية والعدالة، ولا ينبغي لأي طرف أن يتعسف في وقف هذه المفاوضات أو قطعها لأن هذا يترتب عليه مسؤولية، وحددنا طبيعة هذه المسؤولية،كما بينا الالتزامات قبل مرحلة التعاقد، كالإلتزام بالإعلام والإلتزام بالنصيحة والإفضاء وهذا لأجل تنوير وتبصير إرادة المتعاقد حيث يقدم على إبرام عقد يحقق رغباته المشروعة.

أمّا بالنسبة لأركان العقد فنجد أنه يخضع للقواعد العامة، غير أنه يشترط في المستأجر أن تتوفر فيه أهلية الأداء لأنه في نهاية مدة العقد قد يعمل خياره بالشراء وهذا من التصرفات القانونية التي تستوجب أهلية التصرف؛ ونجد المشرع حدد الطرف الذي تنعقد له صفة المؤجر حيث قصرها على المؤسسات المالية والبنوك وشركات الإعتماد الإيجار التي حددها عن طريق التنظيم، وهذا خلاف المشرع المصري الذي أجاز قبل التعديل للأشخاص الطبيعية لممارسة هذا النشاط، وهذا يتنافى والطبيعة الإئتمانية لهذه العقود التي يجب أن تكون مقصورة على المؤسسات المالية.

غير أنه ما يلاحظ في عقود الإيجار التمويلي للمنقولات نجد المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة أوجت شهر هذا العقد، ففي التشريع الجزائري يتم الشهر على مستوى ملحقات المركز الوطني للسجل التجاري، في سجل معد لذلك خصيصا يتم فيه قيد عمليات التأجير التمويلي وتعديل ما يطرأ عليها من تعديلات وكذا شطب هذا القيد في الحالات التي حددها القانون والغرض من ذلك هو إعلام الغير بهذه التصرفات القانونية وتحقيق الاستقرار القانوني لهذه التصرفات القانونية.

الفصل الثاني

أثار عقد الإيجار التمويلي

تمهيد:

يعتبر عقد الإيجار التمويلي من العقود الملزمة للجانبين، إذ يقتضي تنفيذه قيام المستفيد بدفع أقساط الأجرة مقابل الانتفاع بالأصل المؤجر، ويلتزم المؤجر بصفته مالكا للأصل بتمكين المستأجر من الانتفاع به.

لكن نظرا للطبيعة الخاصة لعقد الايجار التمويلي وما يمثله احتفاظ شركة التأجير التمويلي بملكية الأصل المؤجر طوال مدة الايجار من ضمان ضد خطر إعسار المستفيد وعجزه عن الوفاء بأقساط الأجرة المقررة، ويترتب على ذلك أن إلتزامات المستأجر بالمحافظة على الأصل المؤجر لا تتحدد معالمها بالنظر إلى مصلحة المؤجر في الحفاظ على العين المؤجرة بوصفها محلا للاستغلال الذي يُدّرُ عليه دخلا وإنما تتجاوز هذا المفهوم إلى الحفاظ على الضمان المقرر للشركة الممولة (المؤجر).

وعند دراسة التزامات كل من المؤجر والمستأجر يجب ألا يغيب عن ذهننا تلك الخصائص المميزة للتأجير التّمويلي باعتباره تمويلا يضمنه حق ملكية الأصل محل التمويل وذلك حين يتسنى لنا إدراك أسباب تجاوز التزامات الطرفين حدود الأثار المترتبة على عقد الايجار في صورته التقليدية.

وسنعرض فيما يلي لخصوصية آثار عقد التأجير التمويلي من حيث إلتزامات كل من المؤجر والمستأجر كمبحث أول ثم نتعرض لانقضاء عقد التأجير التمويلي كمبحث ثان.

المبحث الأول: التزامات كل من المؤجر والمستأجر

لما كان عقد التأجير التمويلي من العقود الملزمة للجانبين، فإن التزامات كل طرف تمثل حقوقا للطرف الآخر، وقد تبين لنا مما سبق أن شركة التأجير التمويلي تظل محتفظة بملكية الأصل الإنتاجي محل عقد التأجير التمويلي طوال مدة عقد الايجار، ونظرا لخصوصية هذا العقد فإن شركة التأجير التمويلي (المؤجر) قد توكل المشروع المستفيد في استلام المال المؤجر من المورد أو البائع، كما أنها قد تلقي على عاتق المشروع المستفيد بالتزامات كانت في الأصل تقع على عاتقها، كالالتزام بالصيانة والمسؤولية عن الأضرار التي يحدثها المال المؤجر، وتحمل هلاك الشيء بفعل القوة القاهرة، إذ يتحمل المستأجر دفع أقساط الأجرة عن المدة السابقة، أما بالنسبة للمستأجر فيلزم بدفع الأجرة والمحافظة على الأصل المؤجر وغيرها من الالتزامات ، وسنركز في هذه الدراسة على توازن أداءات الطرفين في هذا العقد من خلال هذه الإلتزامات.

المطلب الأول: التزامات المؤجر

بمجرد إبرام العقد فإن المؤجر يلتزم تجاه المستأجر التمويلي بجملة من الالتزامات، وهذه الأخيرة لا تخرج عن الالتزامات التي يرتبها عقد الإيجار على المال المؤجر، إلا ما لا يتفق مع طبيعة عقد التأجير التمويلي، وسندرس هذه الالتزامات تباعا.

الفرع الأول: الالتزام بالتمويل

لا يملك المؤجر التمويلي بالأصل، الأشياء محل العقد بل يقوم بشرائها تنفيذا لعقد التأجير التمويلي، وعملية الشراء هنا تتميز بخصوصية في أن المستأجر (المستفيد) هو الذي يقوم بعملية الشراء نيابة عن المؤجر، ومع ذلك فإن هذه العملية تبقى خاضعة للقواعد العامة، حيث إن العقد المبرم بين المؤجر التمويلي والمورد هو عقد بيع أو عقد مقاولة.

ويظهر من هذا أن ما يقوم به المؤجر التمويلي هو تمويل شراء هذه الأشياء محل العقد، حيث يقوم بأداء ثمنها إلى المورد أو المقاول، لذلك فإن مبلغ التمويل هو أداء الثمن الذي يلتزم به المؤجر تجاه المستأجر بموجب عقد التأجير التمويلي، ويتخذ التمويل هنا شكل الاستئجار[1]، ويكون في حدود المبلغ المبيّن في العقد وهو الثمن المحدد لاقتناء الأشياء محل عقد التأجير التمويلي[2].

مما يترتب على هذا التّمويل انتقال ملكية الأشياء محل العقد إلى المؤجر تنفيذا لعقد التأجير التمويلي المبرم بينه وبين المستأجر، فيلتزم عندها بتنفيذ التزاماته.

---

[1]- عبد العزيز سمير محمد، التأجير التمويلي ومداخله المالية، المحاسبية، التشريعية والاقتصادية، مكتبة الإشعاع الفنية، الطبعة الأولى 2000، ص74.

[2]- راجع نص المادة الأولى من اتفاقية التأجير التمويلي لبنك البركة الجزائري.

والفقه الفرنسي لم ينكر عنصر التمويل في إطار عقد التأجير التمويلي[1]، إلا أن الخلاف فيما بينهم كان حول مدى اعتبار التمويل ركنا من أركان عقد التأجير، حيث ذهبت إحدى الاتجاهات إلى القول: " فإذا كان من الوجهة الاقتصادية يمكن اعتبار عقد التأجير التمويلي عقد قرض يتم إهلاكه خلال مدة التأجير التمويلي، إلا أنّه لا يكون كذلك من النّاحية القانونية، حيث لا يمكن أن يوصف إلا بعقد إيجار"[2]

في حين رأى البعض الآخر أن عقد التأجير التمويلي هو عقد قرض لإبراز عنصر التّمويل الذي تلتزم به شركة التأجير التمويلي [3].

وبالرغم من هذا الخلاف فإن المؤجر، يلتزم بموجب عقد الإيجار التمويلي، بتمويل شراء الأشياء محل العقد وتمكين المستأجر من الانتفاع بها، لكن ما يثير التساؤل هنا، هل يمكن للمؤجر رفض التمويل؟

فالمؤجر التمويلي _ كما سبق وأن أشرنا _ ملزم بموجب عقد الإيجار التمويلي بتمويل المستأجر ومن شأن رفضه للتمويل قيام مسؤوليته أمام المستأجر، ورفض التمويل يؤدي إلى شّل عملية التأجير التمويلي، إضافة إلى ما قد يلحق ذلك من أضرار لطرفي العقد، وهنا لابد من التمييز بين فرضين لرفض التمويل.

الفرض الأول: رفض التمويل بعد إبرام عقد التأجير التمويلي:

عملية الشّراء التي يقوم بها المؤجر التمويلي، هي تنفيذ للالتزام المفروض عليه بموجب عقد التأجير التمويلي المبرم بينه وبين المستأجر، وعملية الشّراء لا تكون إلا بعد إبرام هذا العقد [4]، وعليه فإن رفض المؤجر القيام بتمويل المستأجر، يعد إخلالا منه بالتزامه التعاقدي، الأمر الذي يستوجب مسؤوليته العقدية تجاه المستأجر، كما يمكن أن تقوم تجاه المورد أو المقاول أيضا.

الفرض الثاني: رفض التمويل قبل إبرام عقد الإيجار التمويلي:

إنّ المؤسّسة المالية (المؤجر) قد ترفض التمويل قبل إبرام العقد، فهل رفضها هنا يرتب مسؤوليتها في هذه الحالة؟

من البديهي القول بأن شركة التأجير التّمويلي لا تكون مسئوولة طالما أنها لا تلتزم بتنفيذ العقد قبل إبرامه، ومع ذلك قد تكون مسؤولة مسؤولية تقصيرية تجاه المشروع المستفيد أو حتى المورد على أساس مبدأ إساءة التّعسف في استعمال الحق فيما لو كان رفضها للتمويل لا يستند إلى أي أساس أو باعث منطقي مجرد (Motif raisonnable) وهذا الفرض يتشابه مع قطع المفاوضات في العقد حيث أن القاعدة هي أن المفاوضات مجرد أعمال مادية Faits juridiques غير ملزمة، ولا يترتب عليها في ذاتها أي أثر قانوني ولا تنشئ على عاتق الطرفين أي التزام، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات دون مسؤولية وهو غير مطالب بتقديم مبرر لانسحابه، فالعدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سببا للمسؤولية إلا إذا كان متعسفا في الانسحاب أو صدرت منه أفعال

---

[1]– إلياس ناصيف عقد الليزنغ، مرجع سابق، ص298.

[2] - Bey et Gavalda, Le crédit-bail mobilier, op.cit, P30.

3 - Giovanoli op.cit. 370.

[4] – إلياس ناصيف، عقد الليزنغ، نفس الرجع، ص 299 .

تتنافى مع الأمانة وحسن النية أو تشكل سلوكا خاطئا، هنا تثور مسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ الثابت، ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات هذا الخطأ[1].

الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم

إنّ الالتزام الجوهري والأساسي الواقع على عاتق المؤجر يتمثل في تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، والمستأجر لا يستطيع أن ينتفع بتلك العين إلا إذا تسلمها، ومن هنا كان أول إلتزامات المؤجر هو في تسليمه العين المؤجرة للمستأجر، وعليه فالتّسليم هو وضع العين المؤجرة وملحقاتها تحت تصرف المستأجر بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها طبقا للغرض الذي خصصت من أجله[2].

والمؤجر التمويلي وفقا للقواعد العامة ملزم بتسليم الشيء المؤجر إلى المستأجر[3] ، وتمكينه من الانتفاع به، وينطبق على التسليم أحكام القواعد العامة من حيث الآثار التي تترتب على هذا التسليم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

والتّسليم قد يكون فعليا أو حكميا، فيكون فعليا إذا كانت الأموال المؤجرة تحت تصرف المستأجر بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ويكون التسليم حكميا[4] إذا كانت الأموال تحت يد المستأجر لأي سبب من الأسباب كإعارة أو وديعة أو رهن حيازة.

لكن ما يميز عقد التأجير التمويلي عن عقد الايجار العادي أن التزام المؤجر التمويلي بالتّسليم يتميز بقواعد خاصة، ذلك أن الأموال المؤجرة إبتداءا لا تكون مملوكة للمؤجر بل يشتريها، أو بعبارة أخرى يقوم بتمويل شراء هذه الأموال لغاية تأجيرها إلى المستأجر، وفي سبيل إتمام عملية التمويل فإنه يفوض المستأجر التمويلي بالتفاوض على ثمن هذه الأموال مع المورد أو المقاول ويتم التسليم بموجب محضر استلام.

ويتخذ تسليم الأموال محل عقد التأجير التمويلي إحدى هاتين الصورتين:

الصّورة الأولى: التّسليم المباشر: ويتم التسليم مباشرة من المؤجر إلى المستأجر إذا لم يتضمن العقد الاتفاق على أن يقوم المستأجر بالاستلام، فيقوم المؤجر باستلام الأموال مباشرة من المورد أو المقاول، ومن ثم يقوم بتأجيرها إلى المستأجر، وقد يحدث التسليم بشكل مباشر كما هو الحال في التأجير التمويلي اللاحق، وهي الحالة التي تكون فيها الأموال محل العقد مملوكة للمؤجر التمويلي بالأصل.

الصّورة الثانية: التّسليم غير المباشر: وتكون بتسليم المستأجر الأموال المؤجرة من المورد أو المقاول ويكون ذلك في حالة اتفاق الطرفين المؤجر والمستأجر على أن يقوم هذا الأخير بالاستلام مباشرة من المورد أو المقاول، وهي الصورة الغالبة في عمليات التأجير التمويلي، ويثير بحث هذه الصورة مسألتين وهما:

---

[1] – محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص62.

[2] – راجع نص المادة 476 من ق.م.ج.

[3] – راجع نص المادة 2/38 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[4] – بالنسبة للتسليم الحكمي راجع المادة 2/367 من ق.م.ج.

الاستلام بموجب محضر الاستلام (أولا) ورفض الاستلام (ثانيا).

الفقرة الأولى: الاستلام بموجب محضر:

لأطراف عقد التأجير التمويلي الاتفاق على تسلم المستأجر للأصل المؤجر مباشرة من المورد أو المقاول، على أن يتم التسليم بموجب محضر استلام وفقا للشروط المعينة والمحددة في العقد، في حدود الإنابة الممنوحة للمستأجر من المؤجر .

إذا ما تم التسليم بهذه الطريقة فإن المؤجر يكون أوفى بالتزامه بتسليم الأموال المؤجرة للمستأجر، وعلى ذلك فإن أحكام الوكالة هي التي تطبق على تنفيذ المستأجر باستلام الأموال محل العقد من المورد المقاول بحسب الحالة.

لذلك يجب على المستأجر أن يبذل في تنفيذها عناية الرجل العادي، فيقوم بفحص ومعاينة الأموال محل العقد وفقا للشروط والمواصفات الفنية المتفق عليها، والمثبتة بموجب عقد التأجير التمويلي، والتي تكون أصلا قد حددت بموجب الطلب الذي تقدم به إلى المؤجر الممول، ومن هنا أوجبت هذه الضرورات على أن يتم التسليم بموجب محضر، لبيان الحالة التي يتم بها التّسليم ومدى مطابقتها للمواصفات الفنية[1] .

إن محضر التسليم يجب أن يوقع عليه المستأجر والمورد أو المقاول، وتتجلى أهمية توقيع المورد أو المقاول على هذا المحضر فيما يلي:

- بموجب هذا المحضر الموقع من قبل المستأجر والمورد أو المقاول، تثبت ملكية الأموال المستأجرة للمؤجر التمويلي بمعنى انتقال ملكية هذه الأموال من البائع إلى المؤجر .

- إن مجرد التوقيع من قبل المستأجر على هذا المحضر، يفترض فيه قبول الأموال المؤجرة والمعرفة التامة بمواصفاتها وطرق استخدامها وكل ما يتصل باستعمالها.

- إن التوقيع على المحضر من شأنه إثبات حالة الأصل، وذلك ببيان مدى اتفاقها واختيارات المستأجر، وعندها لا يكون للمستأجر أن يتحلّل من الالتزامات التي يفرضها عليه عقد التأجير التمويلي، بعدم صلاحية المال المؤجر للغرض الذي من أجله استأجره المستأجر.

الفقرة الثانية: رفض الاستلام:

عندما يوكل إلى المستأجر استلام الأموال مباشرة من قبل المورد أو المقاول فإنه لا يلتزم باستلامها وفقا للمواصفات الفنية المحددة في العقد، ويجب أن ينظم المحضر بالاستلام، وإذا ما تم الاستلام بالطريقة التي سبق وأن بيناها، فيكون المؤجر قد أوفى بالتزامه بتسليم المستأجر الأموال محل العقد، وبالتّالي يتحمل المستأجر كافة الآثار التي تترتب على هذا الاستلام كما يتحمل المسؤولية المترتبة على هذا الاستلام، إلا أنه ولاعتبارات تتعلق بمصلحة المستأجر فله أن يرفض الاستلام من المورد أو المقاول وذلك في حالة عدم مطابقة الأموال للشروط والمواصفات

[1] - لم ينظم المشرع الجزائري في عقد الإيجار التمويلي أن يكون التسليم بموجب محضر ولكن بالرجوع إلى نص المادة 2/476 ق م ج المعدل والمتم بالقانون رقم07 -05 التي أجازت أن يكون التسليم بموجب محضر، أما المشرع المصري فأوجب في المادة الثامنة بفقراتها الثلاث أن يكون التسليم بموجب محضر.

المحددة في العقد وحالة امتناع المورد أو المقاول التوقيع على محضر الاستلام، وسنتناول دراسة هاتين الحالتين على النحو الآتي:

أولا: رفض الاستلام لعدم مطابقة الأموال للشروط والمواصفات الفنية:

للمستأجر المكلف باستلام الأموال مباشرة من المورد أو المقاول أن يرفض الاستلام إذا تبين له أن الأموال غير مطابقة للمواصفات الفنية، وللمطابقة مفهومين، مفهوم كلاسيكي تقليدي وآخر حديث.

1- المفهوم التقليدي للمطابقة: هو عدم المطّابقة من الناحية الكمية والنوعية، فتكون الأموال غير مطابقة من حيث الكمية إذا أنقصت الأموال من حيث عددها إذا كانت من المعدودات، أو نقص وزنها إذا كانت من الأوزان، أمّا المطابقة من حيث النوعية كأن تختلف نوعية الأموال عما هو مثبت في عقد التوريد، هذا ويرى جانب من الفقه أن المطابقة لا تقدر من وجهة النظر المادية فقط لكن تقدر من وجهة النظر العملية أي صلاحية الشيء للإستجابة للعمل المنتظر منه، فنكون بصدد مفهوم واحد، يجمع بين التسليم المطابق وضمان العيوب الخفية وهذا الرأي منسوب للأستاذين "آلتر و لوتورنو" "Alter et Letourneux"[1] واتبع لمدة معينة جانب من القضاء هذا الرأي وهذا بالتوسع كثيرا من فرضية التسليم فقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أنه:" لا يقتصر الإلتزام بالتسليم فقط على تسليم ما هو متفق عليه، لكن أن يوضع تحت تصرف المشتري شيئا موافقا تمام الموافقة في كل النقاط للهدف المبحوث عنه".

2- المفهوم الحديث للمطابقة: نصت عليه القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، فعرّفه المشرع الجزائري بأنه هو استجابة كل منتوج موضوع الاستهلاك للشروط[2] المتضمنة في اللوائح الفنية وللمتطلبات الصّحية والبيئية والسّلامة والأمن الخاصة به.

أمّا إذا كانت الأموال عقارات أو مباني فإنها يجب أن تتطابق مساحتها مع ما هو مثبت في سند التسجيل، إضافة إلى أن تكون بالحالة الموصوفة في العقد، كما يجب أن تتطابق مع الخرائط التفصيلية للمواصفات القياسية الهندسية من حيث الكميات و النوعيات.

فإذا ما تبين للمستأجر أن الأموال محل العقد غير مطابقة فيكون له عندها حق رفض استلام هذه الأموال، ويتم فحص الأموال محل عقد التأجير التمويلي إمّا من قبل المستأجر نفسه أو عن طريق خبراء يعينهم لهذه الغاية.

لكن رفض الاستلام قد لا يكون بشكل مطلق، بل يمكن أن يرفض المستأجر الاستلام بشكل مؤقت، ويكون ذلك في حالة ما إذا ظهرت في الأموال عيوب أو نقص مثلا فيستطيع أن يرفض الاستلام لحين الإصلاح.

لكن إذا رفض المستأجر التمويلي استلام الأموال والتوقيع على المحضر وجب عليه تبرير ذلك وإخطار المؤجر عن الأسباب التي أدت إلى رفضه تسلم هذه الأموال، وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري والقوانين المقارنة لم تلزم المستأجر بالتبرير، إلا أن تبرير رفض الاستلام واجب على المستأجر وفقا لقواعد الوكالة باعتبار أن المستأجر

---

[1] - Alain Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5éme édition, Montchrestien, juillet 2001, p120.

[2] - المادة 3 من القانون رقم 09- 03 المؤرخ في 80 مارس 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15، ص12.

وكيل عن المؤجر في استلام الأموال من بائعها أو موردها أو المقاول، لذا فهو ملزم بأن يخطر موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه تنفيذ الوكالة، إلا أن بعض عقود التأجير التمويلي تتضمن صرامة النص على وجوب تبيين سبب رفض الاستلام، فمثلا تنص المادة 3/5 من نموذج عقد التأجير التمويلي للبنك الإسلامي الدولي للتنمية[1] على أنه:" إذا تبين للوكيل عند فحص المعدات أنها غير مطابقة في أي وجه من الوجوه لعقد الشراء، فعلى الوكيل أن يتصل فورا بالبنك للتشاور حول ما إذا كان يتعين رد المعدات للبائع أو إمساكها ومطالبته بالتعويض"، أما المادة السادسة من شروط عقد التأجير التمويلي لبنك البركة الجزائري فتنص على أن "... كل رفض للاستلام من قبل العميل غير مبرر يمكن أن يؤدي إلى تطبيق المادة 26 من الشروط".

وعلى ضوء ما سبق يتبين أنه لا يمكن للمستأجر أن يتمسك بعدم تنظيم المحضر ليتملص من تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد التأجير التمويلي، فيبقى مسؤولا عن التزامه التعاقدي إذا رفض الاستلام، إلا إذا كان الرّفض يستند إلى أسباب تعفيه من ذلك كالقوة القاهرة والحادث الفجائي وخطأ الغير طبقا للقواعد العامة لانقضاء الالتزام التعاقدي.

وإذا رفض المستأجر التمويلي الاستلام والتوقيع على المحضر واستطاع المورد آو المقاول إثبات أن رفض الاستلام كان يرتكز على أسباب واهية، في حين أن المعدات والأموال محل العقد كانت مطابقة للمواصفات الفنية يستطيع المورد الرجوع على المستأجر للمطالبة بالتعويض على الأضرار التي لحقت به.

ثانيا: رفض الاستلام لامتناع المورد أو المقاول التوقيع على محضر الاستلام:

هذه الحالة لم يشر إليها المشرع الجزائري، في حين نجد أن كل من المشرع الأردني والمصري أشارا إليها، حيث يجوز للمستأجر رفض الاستلام والتوقيع على محضر الاستلام إذا أمتنع المورد أو المقاول عن التوقيع.

ورفض الاستلام من قبل المستأجر على هذا النحو يرتبط بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ذلك أن المبدأ يوجب على المتعاقدين تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية[2]، ومبدأ حسن النية في التنفيذ يقتضي بأن تنفيذ المدين التزاماته على نحو يطابق فيه الطرفين عند التعاقد وبشكل لا يفوت مقصود الدائن عند إبرام العقد أو يجعله أكثر تكلفة دون مبرر[3].

نؤسس رأينا على النحو السابق باعتبار أن الصورة المفترضة لعدم توقيع المورد أو المقاول تكون في حالة وجود تحفظات من قبل المستأجر على الأموال محل العقد، وعليه فإن توقيع المورد أو المقاول على المحضر بما ورد فيه من

---

[1] - صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص171.

[2] - راجع المادة 107 /1 من ق.م.ج.

[3] - عدنان السرحان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن2005، ص244.

تحفظات، تكون إقرارا منه بصحة هذه التحفظات، وبمفهوم المخالفة[1] فإن عدم التوقيع على المحضر دليل على مسؤولية المورد أو المقاول تجاه المستلم، لذلك يكون في رأينا جواز رفض المستأجر الاستلام.

الفرع الثالث: الالتزام بالصيانة

يقصد بالصّيانة القيام بصفة دورية بمتابعة الأموال المؤجرة بما يلزمها من أعمال تستلزمها، وذلك بغرض الوقوف على حالتها تجنبا لحدوث أعطال أو منعا لتفاقمها إذا بدأت.

أما اصطلاحا فيقصد به إعادة الأموال المؤجرة إلى سيرها في العمل بعد إزالة ما بها من عطب وقد يكون ذلك باستبدال الأجزاء التي تعطلت[2].

إنّ المؤجر ملزم بالقيام بجمع أعمال الصيانة والإصلاح في المأجور في حالة حدوث خلل فيه، إذا كان هذا الخلل من شأنه أن يؤدي إلى فوات المنفعة المقصودة من انتفاع المستأجر بالمأجور، ويلتزم فضلا عن هذا بصيانة وإصلاح جميع ملحقات المأجور[3]، وإذا كانت هذه هي القواعد العامة في عقد الإيجار، فهل هذه القواعد يمكن تطبيقها على المؤجر التمويلي؟

الأصل أن المؤجر في عقد التأجير التمويلي ملزم من ناحية مبدئية بأن يجري أعمال الصيانة والإصلاح في المأجور، إذ أن الغرض من عقد التأجير التمويلي هو إمداد المستأجر بالأموال ذات الخصائص التكنولوجية، وحتى يستطيع المستأجر الانتفاع بها طوال مدة الإيجار، فالمؤجر ملزم بتسليم هذه الأموال إلى المستأجر، كما هو ملزم بصيانتها طوال مدة انتفاع المستأجر بها[4].

بيد أنّ العرف أثر تأثيرا كبيرا في هذا الالتزام[5]، وسبب ذلك يعود إلى أن الأموال محل عقد التأجير التمويلي هي ذات طبيعة خاصة متطورة أو ذات مواصفات ومقاييس يجهلها المؤجر هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المؤجر التمويلي يقتصر دوره على تمويل شراء الأموال مقابل حصوله على الأقساط الإيجارية مع هامش ربح إضافي، وهو بهذا لا يظهر بصفته مؤجرا، إلا رغبة منه لضمان استيفاء الأجرة والثمن المحدد في العقد عن طريق الاحتفاظ بملكية الأصل لحين انتهاء عقد الإيجار.

من هنا كانت عقود التأجير التمويلي متضمنة لنصوص صريحة تنقل هذا الالتزام على عاتق المستأجر، فمثلا تنص المادة 10 من نموذج الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما يمارسه بنك البركة الجزائري بقولها:" خلال

---

[1] - مفهوم المخالفة من قواعد التفسير وهو دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المقيدة في الحكم، ولذا فقد تعدد هذا المفهوم وفقا لنوع القيد، وأهمها مفهوم الصفة ومفهوم الشرط ومفهوم الغاية ومفهوم المخالفة هنا هو تخلف الصفة في الأصل المؤجر عدم استجابته لرغبات المستأجر. حول مفهوم المخالفة راجع محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، هامش 349، ص230.

[2] – عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص114.

[3] – أنظر المادة 479ق م ج .

[4] – إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ، مرجع سابق، ص278.

[5] – منذر القحف، الإجارة المنتهية بالتمليك، صكوك الأعيان المؤجرة، إسلام أولاين، ص19.

كل مدة هذا العقد يلتزم العميل باستعمال وصيانة المعدات طبقا لأحكام القوانين والتعليمات المعمول بها حاليا ومستقبلا"، أما المشرع الجزائري فقد ألزم المستأجر في عقد الإيجار التمويلي بصيانة الأصل المؤجر.

ولا يختلف مضمون هذا النص عما هو معمول به في المغرب، إذ تنص الشروط العامة لعقود التأجير التمويلي استيفاءا لمقتضيات الفصل 638 من قانون الالتزامات والعقود بتحمل المستأجر كل المصاريف الضرورية لاستعمال وصيانة المعدات، كما يلتزم هذا الأخير بأن يحافظ على هذه المعدات في حالة صالحة للاستعمال.

إن التزام المستأجر التمويلي بالالتزام بالصيانة من خلال العرض المتقدم يدفعنا إلى البحث عن مدى توازن الأداءات بين طرفي عقد التأجير التمويلي من خلال إلزام المستأجر بالصيانة.

إلى أي مدى توازن التزامات طرفي عقد التأجير التمويلي من خلال الالتزام بالصيانة ؟

تنص اتفاقات التأجير التمويلي على تحمل المستأجر الالتزام بصيانة الأصل والقيام بالإصلاحات الضرورية للحفاظ على استعماله، فالمستأجر مطالب ليس فقط بتحمل عبء القيام بالإصلاحات التي يتحملها عادة المستأجر في عقود الإيجار عموما، بل بالإضافة إلى ذلك القيام بالإصلاحات الكبرى على حسابه الخاص والتي يتحملها مبدئيا مؤجر الشيء، فهكذا نجد عقود التأجير التمويلي تخرق هذا التوزيع المتناسق للصيانة كنتيجة طبيعية للمصالح المتبادلة للطرفين، واضعة على كاهل المستأجر كل الإصلاحات [1]، ولا يمكن القول أن المستأجر يخطط لاقتناء ملكية الأصل في نهاية الإيجار، وبالتالي يتحمل مسبقا الالتزامات المرتبطة بالملكية، فليس للمستأجر سلطة الملكية على الشيء، فحتى سلطات استعماله فهي مقيدة، ومن هنا يتبين لنا أن المستأجر التمويلي هو طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية من خلال إلزامه بتحمل كل الإصلاحات الكبرى والضرورية التي هي طبقا للقواعد العامة يلتزم بها المؤجر ولذا فهو جدير بالحماية القانونية وإعادة التوازن بين الأداءات بين أطراف العلاقة التعاقدية.

الفرع الرابع: الالتزام بالضمان

من المتفق عليه أن التزام المؤجر في عقد الايجار التمويلي هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالأموال المؤجرة طيلة فترة العقد، لذلك يضمن المؤجر للمستأجر التعرض له في العين المؤجرة وهذا الضمان من شأنه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعا هادئا كاملا [2]، وضمان التعرض يشمل التعرض الصادر من المؤجر شخصيا، سواء أكان تعرضا ماديا أو تعرض مبني على سبب قانوني أو التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنيا على سند قانوني [3]، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام التعرض في المواد من 483 إلى 487 من القانون المدني.

لكن ضمان المؤجر لا يقف عند حدود ضمان التعرض، بل يمتد ليشمل ضمان العيوب التي تحول دون انتفاع المستأجر به أو تنقص من هذا الانتفاع.

---

[1] – Mario Giovanoli, Le crédit-bail, Leasing en Europe- op.cit. p239.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص297.

[3] – راجع المادة 483 من ق.م.ج.

فإذا كانت هذه هي القواعد العامة فهل تطبق هذه القواعد بالنسبة لعقد الايجار التمويلي؟ وهل الملتزم بهذه الضمانات هو المؤجر أم المستأجر ؟ هل يمكن إعفاء المؤجر من هذه الضمانات بالنظر إلى الطابع المكمل للقواعد التي تحكم عقد الايجار طبقا للقواعد العامة؟ هذا ما سنتناوله في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: ضمان التعـــرض:

أولا: التعرض الحاصل من المؤجر التمويلي:

كقاعدة عامة يضمن المؤجر تعرضه الشخصي للمستأجر سواء أكان هذا التعرض ماديا أو مبنيا على سبب قانوني، والتعرض المادي الذي يضمنه المؤجر هو الأعمال المادية المحضة التي تقع منه كإحداث تغيير في الأصل المؤجر أو في ملحقاته[1]، أو أن يعدّل في وجه الانتفاع الذي خصص له الأصل المؤجر وقد تكون التصرفات المادية ناشئة عن تصرفات قانونية كأن يعطي المؤجر للغير حقا عينيا أو شخصيا يتعارض مع حق المستأجر ويحتج به عليه.

أمّا التّعرض المبني على سبب قانوني كأن يدعى المؤجر حقا على العين المؤجرة في مواجهة المستأجر، كمن يؤجر شخصا عينا غير مملوكة، ثم يصبح مالكا لها بسبب من أسباب الملك،كالإرث، الوصية والشراء من المالك الحقيقي.

إنّ المؤجر التّمويلي ملزم بتمكين المستأجر من الانتفاع الهادئ بالمأجور خلال مدة الإيجار فيضمن التعرض الصادر منه سواء كان التعرض ماديا أم قانونيا، ولا يبحث هنا عن مسألة حسن أو سوء نية المؤجر لأن التزامه متعلق بتحقيق نتيجة وهي عدم التعرض للمستأجر وإن كانت عقود التأجير التمويلي تتضمن شروطا تجيز للمؤجر الدخول إلى المأجور للتفتيش عليه، للتأكيد من استمرار حيازة المستأجر لهذا المأجور والتأكد من صلاحيته وفقا للغرض المعد له أو استعماله للغاية التي من أجلها تم تأجيره، أو وضع لوحة إثبات الملكية على المأجور خلال مدة انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر، إن هذه الأعمال لا تعد من قبيل التعرض إذا ما قام بها المؤجر، حيث أنها شرعت بموجب الاتفاق فهي صحيحة وغير مخالفة باعتبار أن ضمان التعرض ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على إعفاء المؤجر من ضمان التعرض، إلا إذا وقع التعرض نتيجة تدليس أو خطأ جسيم منه.

ثانيا: التعـــرض الحاصل من الغيـــر:

الغير هو كل شخص له مصلحة تتعارض مع حق المستأجر ولا يعتبر من الغير المؤجر وخلفه العام، والقاعدة العامة تقضي بأن المؤجر لا يضمن للمستأجر التعرض المادي الصّادر من الغير، فيكون للمستأجر في هذه الحالة رفع دعاوي الحيازة فيمكنه رفع دعوى منع التعرض[2]، وهي الدعوى التي يرفعها الحائز ضد الغير الذي يعارضه في حيازته كما له رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة[3] وهي تحمي الحائز من خطر متوقع فهي دعوى وقائية تحمي

---

[1] - أنظر المادة 5/38 من الأمر 96 – 09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[2] - أنظر المادة 82 من ق.م.ج.

[3] - أنظر المادة 821 من ق.م.ج.

الحائز من خطر محتمل أن يقع لو استمر الخصم في أعماله، كما للمستأجر رفع دعوى استرداد الحيازة التي سلبت منه وأساس تقرير هذه الدعوى هو حماية النظام العام إذ ليس لأحد أن يقتص حقه بنفسه[1].

إن المؤجر يلتزم بضمان التّعرض القانوني الصادر من الغير ونص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في نص المادة 31 من قانون الاعتماد الإيجاري فأشار صراحة إلى أن المؤجر يضمن للمستأجر كل سبب يحول دون الانتفاع بالأصل المؤجر، والناتج عنه شخص آخر، إلا أن هذه المادة لا توفر الضمان الكافي لحصول المستأجر على الحقوق الناشئة عن هذا العقد لا سيما حق الشراء الممنوح له في نهاية فترة الإيجار، ويتجسد ذلك في حالة ما إذا تصرف المؤجر تصرفا من شأنه ترتيب حق للغير على الأموال المؤجرة، أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية، ففي هذه الحالة لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة لتطبيقها، وعليه فإن عقد الايجار التمويلي لا يرى في حق المالك الجديد إذا لم يكن لهذا العقد تاريخ سابق على تصرف المؤجر الذي ترتب عليه انتقال ملكية الأموال المؤجرة، ومن ثم يستطيع المالك الجديد المطالبة باسترداد هذه الأموال من تحت يد المستأجر مما يخل بحقوق هذا الأخير الناشئة عن العقد، وبالتالي يكون المستأجر مهددا في حقه في الحصول على الأموال المؤجرة، إذا ما رغب في ممارسة حق الشراء الممنوح له.

الفقرة الثانية: ضمان العيــــوب الخفيـــة:

يضمن المؤجر وفقا للقواعد العامة للمستأجر العيوب الخفية الموجودة بالأصل المؤجرة، والعيب الخفي كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع[2]، والعيوب الخفية قد تحول دون الانتفاع بالأصل المؤجر أو تنقص منه نقصا فاحشا، ولا يضمن المؤجر العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها[3]، وكذلك العيوب التي كان يعلم بها المستأجر وقت التعاقد، أو كان من اليسير أن يعلم بها، وعلى خلاف البائع فالمؤجر يكون ضامنا للعيوب التي تطرأ بعد التسليم، ذلك لأن الايجار عقد مستمر يلتزم به المؤجر بأن يضمن للمستأجر الإنتفاع المستمر بالعين المؤجرة فهو ضامن للعيب الذي يطرأ أثناء مدة الإيجار.

ويأخذ تخلف الصفة في العين المؤجرة حكم العيب الخفي، فإذا اشترط المستأجر توفر صفة معينة في الأصل المؤجر وتعهد المؤجر بوجودها، ففي حالة تخلفها يكون المؤجر ضامنا لتخلف هذه الصفة.

ويشترط في العيب الذي يضمنه المؤجر للمستأجر أن يكون مؤثرا، بمعنى أن يؤدي إلى حرمان المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر، أو إلى حصول نقص فاحش في الانتفاع به[4]، كما يجب أن يكون العيب خفيا، ويكون خفيا إذا لم يكن من الممكن للمستأجر أن يكشفه لو قام بفحص الشيء المؤجر بعناية الرجل العادي، كما يضمن المؤجر العيب الخفي إذا تعمد إخفاءه بطريقة الغش.

---

[1] – زواوي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000، ص63.

[2] – أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الغربية والأوروبية، دار اقرأ، بيروت الطبعة الثالثة1983، ص31.

[3] – أنظر المادة 488 من ق.م.ج. المعدل والمتمم.

[4] – علي هادي العبيدي، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المركز القومي للنشر، إربد الأردن 2000، ص330.

فإذا توافرت الشروط المذكورة أعلاه فإن الجزاء المترتب على ثبوت العيب الخفي الموجب للضمان يكون حسب الحالة إما بالتنفيذ العيني أو إنقاص الأجرة، أو فسخ العقد أو التعويض عن الضرر الذي يكون قد لحق بالمستأجر[1].

وما يهمنا هو بحث ضمان العيوب الخفية من المؤجر التمويلي، فهل يضمن المؤجر التمويلي العيوب الخفية في الأصل المؤجر؟

بصفة مبدئية هو ملزم بهذا الضمان[2] لكي يحقق عقد الإيجار أهدافه من حيث إعطاء المستأجر الفرصة في استعمال الأصل المؤجر وفقا لما أعد له، لذلك فإن المؤجر التمويلي يلتزم بضمان جودة المواصفات الفنية[3] والتكنولوجية التي يتطلبها الأصل المؤجر، فإذا لم تتوافر هذه المواصفات يكون المؤجر قد أخل بالتزامه الأساسي بتسليم أشياء لا تتوافر بها الخصائص التي تمكن المستأجر من الانتفاع بها[4].

لكن ما يتميز به عقد التأجير التمويلي عن عقود الإيجار، أن المؤجر التمويلي يعفى من ضمان أي مسؤولية تنشأ عن أية إعاقة يواجهها المستأجر في استعمال الأصل المؤجر، وإعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية مرده الطبيعة الخاصة لعقد الإيجار التمويلي إذ أن دوره يقتصر على دور تمويل شراء الأصل المؤجر وتمكين المستأجر من الانتفاع به لقاء بدل إيجار يدفعه له والحصول على الثمن المحدد في العقد عند نهاية العقد، ويمكن إيجاز أهم الأسباب التي تبرر إعفاء المؤجر التمويلي من ضمان العيوب الخفية في:

- إن المؤجر التمويلي لا يتدخل في شراء الأصل محل العقد، أو حتى اختيار بائعها أو موردها بل يعهد إلى المستأجر القيام بهذا الدور بموجب تفويض منه.

- إن المؤجر لا يتدخل بأمور التسليم والإستلام للأموال محل العقد من البائع أو المورد أو المقاول.

- إذا كان محل العقد عقار فان البناء يتم تحت إشراف المستأجر ومسؤوليته، وهو الذي يقوم بالاستلام من المقاول وفقا للشروط والمواصفات والمقاييس.

فإذا كان إقرار شرط إعفاء المؤجر التمويلي من الضمان متفقا مع ما أرساه العرف والممارسات التعاقدية في مجال عقود التأجير التمويلي[5]، فنجد أن التشريعات المقارنة ومراعاة منها لتوازن الأداءات بين المؤجر والمستأجر فقد أعطت للمستأجر حق الرجوع مباشرة على المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر التمويلي عن العقد المبرم بينه وبين المورد أو المقاول باستثناء دعوى الفسخ، وهذا لا يكون إلا في حالة إعفاء المؤجر التمويلي من الضمان، هذا ونجد أن المشرع الجزائري لم ينص على تخويل حقوق المؤجر للمستأجر في

---

[1] - أنظر المادة 489 من ق.م.ج.

[2] - أنظر المادة 7/38 من الأمر 96- 09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[3] - أنظر المادة 4/38 من الأمر 96- 09 السالف الذكر.

[4] - إلياس ناصيف، عقد الليزنغ، مرجع سابق، ص286.

[5] - وهذا يتفق مع اتفاقية أوتاوا التي اعتمدت في الفصل (8-1) على مبدأ إعفاء المؤجر من المسؤولية الناتجة عن المسائل المتعلقة بالأصل المؤجر وذلك نظرا للطبيعة المالية البحة للدور الذي يقوم به وبالتالي لا يمكن الرجوع على المؤجر التمويلي نتيجة للعيوب الخفية في الأصل المؤجر أو عدم مطابقته للمواصفات التي اشترطها المستأجر وإنما يتم تتبع المورد في كلا الحالتين.

الرجوع على البائع بالضمان في حال إعفاء المؤجر من الضمان، لكن المؤجر التمويلي يضمن التعرض الصادر من أتباعه.

ويقصد بالتابع من يقوم بمساعدة المتعاقد في تنفيذ التزاماته، ومباشرة حقوقه كالمهندس والمقاول، وإذا ترتب حرمان المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة.

ولخصوصية عقد الإيجار التمويلي، نص المشرع على التزام المؤجر بالضمان، بشكل يتفق مع الطبيعة الخاصة لهذا العقد والظروف المحيطة به [1]، والتي منها تدخل طرف ثالث في تنفيذه، لذا نجده يلقي على عاتق المؤجر مسؤولية أفعاله وتصرفاته التي أدت إلى هذا التعرض، فهناك حالتين تؤديان إلى تفعيل التزام المؤجر التمويلي بالضمان وانعقاد مسؤوليته [2].

الحالة الأولى : وهي الحالة التي يرتكب فيها المؤجر أفعالا أو تصرفات تؤدي إلى تمكين المورد أو المقاول أو الغير من التعرض للمستأجر، على أي وجه في الانتفاع بالمال المؤجر، وتتحقق هذه الصورة في حالة عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بدفع ثمن الأصل المؤجر للمورد أو المقاول[3]، مما يؤدي إلى استرداد الأصل من المستأجر، وعلى اعتبار البائع أو المقاول ليس طرفين في عقد الإيجار التمويلي فهما من الغير، وتعد هذه الحالة من صور التعرض الشخصي.

وفي حالة وجود هذا التعرض من البائع أو المقاول، يجب على المستأجر إخطار المؤجر طبقا للقواعد العامة[4]، حتى يستطيع هذا الأخير رد التعرض، فإذا فشل تقوم مسؤوليته تجاه المستأجر (المشروع المستفيد) وبالتالي يجوز للمستأجر طلب فسخ العقد[5].

الحالة الثانية : هي حالة صدور أفعال أو تصرفات من المؤجر، أدت إلى غلط في اختيار الأموال محل عقد الإيجار التمويلي، ويترتب على هذا الغلط عدم صلاحيتها لأداء الغرض الذي من أجله أجرت، ويكون ذلك في الحالة التي يتولى فيها المؤجر عملية اختيار الأصل المؤجر بنفسه وعدم توكيله المستأجر في ذلك[6]، فإذا رفض المستأجر استلام الأموال المؤجرة لعدم مطابقتها للمواصفات التي حددها في طلب الاستئجار المقدم للمؤجر، في هذه الحالة لا يجوز للمؤجر الرجوع على المستأجر بالتعويض، إلا إذا أقر المستأجر بمعاينته للأصل محل العقد أثناء التسليم، في هذه الحالة حتى ولو كانت أفعال وتصرفات المؤجر هي التي أدت إلى الغلط في اختيار ذلك الأصل، فلا تنعقد مسؤولية المؤجر، فمعاينة المستأجر للأصل المؤجر تجّبُ مسؤولية المؤجر.

3- عبد الرحمان السيد قرمان، عقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق ، 102

4- هاتين الحالتين نصت عليهما المادة 14 من القانون 95-95 المتعلق بعقد لإيجار التمويلي المصري.

[3]_ cassation civil, 1[er] Ch. 11Avril 1995, R.des huissiers et justice, op.cit N95-1384, cassa, 26 Oct. 1993, R.des huissiers et justice. N94-605.

[4] – عبد الرحمان السيد قرمان، عقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص103.

[5] – انظر المادة 497 ق م جزائري والمادة 752ق.م مصري.

[6] – أسامة أبو الحسن مجاهد، عقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص 102.

الفقرة الثالثة: الأساس القانوني لحق المستأجر في الرجوع على المورد أو المقاول:

أثارت مسألة رجوع المستأجر على المورد أو المقاول بدعوى مباشرة تساؤل الفقه عن الأساس الذي يستند إليه المستأجر في هذه الدعوى، ولبحث هذه الإشكالية يجب استعراض مختلف الاتجاهات الفقهية لتفسير الآلية التي يتحقق بها رجوع المستفيد(المستأجر) على البائع بصفة خاصة، ومن هذه الآليات الآتي:

أولا: الحلول:

في سبيل نقل حق شركة التأجير التمويلي (المؤجر) في ضمان البائع إلى المستفيد تقضي بعض عقود التأجير التمويلي بحلول المستفيد محل الشركة في الرجوع على البائع، وقد ذهبت إحدى المحاكم الفرنسية إلى تكييف رجوع المستفيد بالحلول[1]، وأيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الرأي.

المقصود بالحلول في هذا المقام هو الحلول الشخصي، الذي يمكن تعريفه بأنه استبدال دائن جديد بدائن أصلي بمناسبة وفاء، وعلى ذلك يفترض الحلول أن ثمة وفاء بالتزام قام به شخص بدلا من المدين فيحل محل الدائن في الرجوع على المدين بما أوفاه متمتعا بكافة حقوقه، ومن هذا المنظور يترتب على الحلول ذات الآثار المترتبة عن حوالة الحق، لذا يقال أن الحلول في آن واحد وسيلة وفاء وحوالة حق [2].

يترتب على ذلك أن الموفي يحل محل الدائن ويتلقى الحق بجميع مشتملاته، ويتمتع بكافة حقوق ودعاوى الدائن الأصلي بما فيها دعوى الفسخ.

نقد هذا الاتجاه: يعاب على فكرة الحلول في تفسير رجوع المستفيد بالضمان، أنها تسمح لهذا الأخير بطلب فسخ عقد البيع، في حين نجد التشريعات التي نظمت هذا الرجوع استثنت من هذا الرجوع دعوى الفسخ[3].

لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت فكرة الحلول[4]، ذلك لأن الحلول يفترض قيام المستفيد بأداء دين المدين، الذي يفترض أنه قام بسداد كامل الأجرة بالإضافة إلى القيمة المتبقية للأصل المؤجر، وهو مالا يكون متحققا وقت إثارة المستفيد لضمان البائع، وإذا قيل بضرورة انتظار وفاء كامل هذه المبالغ فما من شك أنه في أغلب الفروض يكون المستأجر قد تجاوز الموعد القصير الذي تنص عليه المادة 1647 من التقنين المدني الفرنسي يضاف إلى ذلك أن المستأجر يكون قد تلقى ملكية المنقول، وبالتالي يحق له الرجوع مباشرة على البائع مباشرة بوصفه خلفا للمشتري (المؤجر لتمويلي).

---

[1] – Tribunal de commerce de Vervins, 18 Avril 1967 jcp 1967.

أشار إليه في هاني محمد دويدار، الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص331.

[2] - STARCK, droit civil, obligation, librairies techniques, paris 1972, p705.

[3] – انظر المادة 13 من القانون رقم 95 لسنة 95.

[4] – Cassation commerciale, 9 juillet1974, Bulletin civil, p255.

ثانيا: الإنابة:

ذهب جانب من الفقه إلى تقرير صحة ما تتضمنه بعض عقود التأجير التمويلي من رجوع المستفيد على البائع بالضمان استنادا إلى فكرة الإنابة، وفيها تكون شركة التأجير التمويلي منيبا délégant والبائع منابا délégué والمستفيد منابا لديه Délégataire ، ويلاحظ أن فكرة الإنابة تراعي إلى حد كبير المستأجر لأن أحكامها تفرض على المنيب وهو شركة التأجير التمويلي (المؤجر) يسار المناب أي البائع إلى المناب لديه أي المستأجر وقت الإنابة، ومؤدى ذلك أنه في فرض إعسار البائع وقت إبرام عقد البيع وعقد الإيجار التمويلي لا يكون إعفاء شركة التأجير التمويلي صحيحا .

لكن تنظيم حقوق والتزامات طرفي عقد التأجير التمويلي يناقض هذا المعنى، فالمستفيد (المستأجر) يتحمل التبعات الناشئة عن ارتباط المؤجر بالبائع استنادا إلى الوكالة الأصلية أو التبعية، بل إن المستأجر قد يكفل للمؤجر التمويلي وفاء البائع بالتزاماته اتجاهه[1].

نقد هذه النظرية: لقد تعرضت هذه النظرية لمعاول الهدم، فلا يمكن قبول فكرة الإنابة لأنه من المقرر أن الحق الذي ينقله المؤجر التمويلي إلى المستأجر هو حقه في ضمان البائع، في حين أن الإنابة تفضي إلى التزام البائع بضمان المؤجر تجاه المستأجر .

ومن جانب آخر تقتضي الإنابة موافقة أطرافها الثلاثة[2]، فطلب التعاقد الذي يرسله المؤجر التمويلي إلى البائع والذي يتضمن الإنابة يفيد قبول المؤجر للبيع حيث أن البائع يكون في حالة إيجاب في نهاية مفاوضاته مع المستفيد وبالتالي لا يحتاج إبرام العقد إلى إعلان إرادي من جانب البائع، فلا يمكن التأكد على وجه اليقين بموافقته على الإنابة، ولاشك أن الإنابة تسيء إلى مركزه القانوني من زاويتين :

الأولى: هي التزامه بضمان المؤجر وليس بضمان البائع الذي تعاقد على أساسه.

الثانية: تتمثل في عدم جواز الاحتجاج في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن علاقته بالمؤجر التمويلي، فمن المقرر أنه لا يجوز للمناب الاحتجاج في مواجهة المناب لديه بالدفوع الناشئة عن علاقة المناب بالمنيب[3].

هذا وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية[4] تأسيس رجوع المستأجر على فكرة الإنابة، وأهم ما استندت إليه في تبرير موقفها هو عدم جواز إلزام البائع بضمان المؤجر من جانب وعدم جواز حرمانه من الاحتجاج بالدفوع من جانب آخر.

ثالثا: الوكالة: يرى البعض أن شركة التأجير التمويلي بوصفها دائنة بضمان البائع فإنها تستطيع توكيل المستفيد في الرجوع على البائع، ولا يشترط قبول هذه الوكالة من البائع، وبموجب هذه الوكالة في الرجوع على البائع يستطيع المستفيد إعمال دعوى إنقاص الثمن أو دعوى التعويض، فضلا عن إمكانية إعمال دعوى الفسخ.

---

[1] – هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص335

[2] - MAZEAUD et CHABAS, op.cit. P1233. STARCK, op.cit, p688.

[3] - MAZEAUD et CHABAS, IBID, 1236.

[4] - Cassation Commerciale, 25 janvier 1977, Bulletin civil, 1977.

وبرر الفقه بصحة هذه النظرية بالقول أن المستفيد في عقد الإيجار التمويلي بموجب هذه الوكالة الصادرة عن المؤجر هو الذي يختار المورد أو المقاول ويتفق معه على الثمن والمواصفات المطلوبة، وهو الذي يقوم بالإجراءات الإدارية التي تتطلبها العملية، ويستلم الأشياء محل العقد[1].

في حين ذهب بعضهم إلى[2] أنه يمكن التسليم بصحة هذه النظرية في بعض الحالات ولكن لا يمكن تعميمها، فإذا كانت الوكالة خاصة ومحددة، تتعلق بتسليم أشياء والقيام بإجراءات إدارية، ففي هذه الحالة توجد علاقة ما بين المؤجر والمستأجر وبالتالي لا يمكن تفسير هذه الوظيفة بالوكالة.

وإذا كان الحديث عن وكالة عامة تشمل اختيار المورد أو المقاول أو بائع الأشياء محل العقد فإن هذا الوضع غير مقبول لعدم وجود علاقة مع المورد أو البائع قبل حصول الاتفاق مع المؤجر والمستأجر، وبالتالي فإنه لا مجال لهذه الوكالة في هذه المرحلة.

فإذا كان رجوع المستفيد (المستأجر) على البائع بالضمان يستند إلى وكالة صادرة عن شركة التأجير التمويلي فإن هذه الوكالة تكون صادرة لصالح الطرفين معا، فيترتب على ذلك عدم جواز عزل المستفيد بإرادة شركة التأجير التمويلي المنفردة[3]، وفي ذلك حماية فعالة لمصلحة المستفيد في التأكيد من إمكانية الرجوع على البائع في كل وقت.

نقد هذه النظرية: يعاب على فكرة الوكالة أنها لا تحقق أدنى نقل لحقوق شركة التأجير التمويلي في ضمان البائع إلى المستفيد، ولا يتمتع هذا الأخير بأي دعوى شخصية في مواجهة البائع، وإنما يعمل دعاوي الشركة إزاء المتعاقد معها، كما أن المستأجر في عقد التأجير التمويلي عندما يقيم الدعاوي فإنه يقيمها باسمه ولحسابه الخاص في إطار مصلحته الخاصة ولحسابه.

هناك خطورة على توكيل المستفيد (المستأجر) في هذا الرجوع المطلق على البائع على مصالح شركات التأجير التمويلي، وذلك أن الشركة لو سمحت للمستفيد بطلب فسخ عقد البيع فإنها تترك مصير عملية التأجير التمويلي بين يديه، فيقوم هذا الأخير بتصرفات من شأنها أن تضعف الامتيازات التي تكون على الأموال المؤجرة.

رابعا: التجديد:

التجديد هو انقضاء للالتزام بنشوء التزام جديد يحل محله، ويتحقق التجديد إما بتغير شخص الدائن أو المدين، وإما بالتغير في محل الالتزام أو في مصدره أو في أوصافه[4].

إن تجديد التزام البائع بالضمان بتغيير شخص الدائن يتفق ومقصود أطراف عقد الإيجار التمويلي، حيث يصبح المستفيد الدائن الجديد بالتزام البائع بالضمان، ولكن التجديد بوصفه طريق لإنقضاء الإلتزام يؤدي إلى

---

[1] – هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص377.

[2] – أحمد برادة غزيول، عقد الائتمان الايجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء، دار نشر المعرفة، المغرب1997، ص71.

[3] –RODIERE, Mondât Encyclopédie, Dalloz, N369.

[4] -CARBONNIER, op.cit, p588.
- MAZEAUD et CHABAS, op. cit, p1215.

انقضاء التزام البائع بالضمان في مواجهة شركة التأجير التمويلي، وهو مالا تهدف إليه الشركة خاصة إذا ما احتفظت بحقها الإستئثاري في إعمال دعوى الفسخ.

نقد هذه النظرية: ما يعاب على هذه النظرية، أنه لا يجوز تأسيس رجوع المستفيد بالضمان على تجديد الالتزام بتغيير شخص المدين، والفرض هنا أن البائع يصير هو الملتزم بالضمان في مواجهة المستفيد بدلا من المؤجر التمويلي، ومن جانب آخر يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وعدم انتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد، ومؤدى ذلك حرمان المستفيد من كافة الضمانات التي يكون البائع قد قدمها إلى المؤجر التمويلي نتيجة لمفاوضاته مع المستفيد، وهو ما لا يقصده أي من الأطراف الثلاثة[1]، وإلاّ ما كان المستفيد ليفاوض البائع على تقديم ضمانات لن يفيد منها نتيجة لتجديد الالتزام، ولا يمكن تفادي هذه النتيجة ما لم يتفق على نقل التأمينات إلى التزام البائع في مواجهة المستفيد وهو مالا يستقيم ومفهوم التجديد.

خامسا: الفضالـــة:

الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك[2]، ولقد أشار البعض إلى أن قيام المستفيد بإعمال دعاوى ضمان البائع هو بمثابة فضالة منه، ومع ذلك يثور التساؤل عما إذا كان يتوافر في رجوع المستفيد (المستأجر) على البائع العناصر الثلاثة الأساسية الفضالة وهي : القيام بعمل لازم، ونية القيام به لشخص آخر، وعدم وجود التزام سابق للقيام بعمل أو توكيل في القيام به[3]، والآن سنناقش هذه الأركان لتفسير هذا الرجوع بهذه الآلية.

إن اشتراط عدم وجود التزام سابق أو توكيل في القيام بالعمل يفترض موقفا سلبي لرب العمل، وهو شركة التأجير التمويلي(المؤجر) في الفرض المتقدم، فهي التي تنقل حقوقها بالضمان إلى المستفيد (المستأجر)، فإنها تتخذ موقفا إيجابيا في العمل الذي يقوم به المستفيد، وفي الفرض الذي يعمل فيه المستفيد دعوى الفسخ بوصفه وكيلا عن شركة التأجير التمويلي فإن أحد شروط الفضالة غير متوفر.

ومن جانب آخر يصعب اعتبار رجوع المستفيد على البائع بالضمان بمثابة أمر لازم أو شأن عاجل للمؤجر، وقد ثبت لنا عدم انشغالها المطلق بجميع النواحي الفنية المتعلقة باستعمال الأصل وبالتالي لا يضيرها أمر العيوب التي قد تعتريه، بل إن عزوفها عن التدخل في هذه النواحي الفنية المتعلقة باستعمال الأصل هو الذي دفعها إلى إدراج شرط إعفائها من هذا الضمان، فهي تنقل حقوقها في الضمان إلى المستأجر لكي يكون بديلا عن كل التزام بالضمان، أما إعمال المستأجر للحقوق المقررة له لا يعنيها البتة ولا يمكن بالتالي اعتباره أمرا لازما أو شأنا عاجلا لها[4].

---

[1] – هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 343.

[2] – حامق ذهبية، الفضالة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر 1987، ص10.

[3] – راجع بخصوص أركان الفضالة، محمد الألفي، الفضالة في الفقه الإسلامي، الجزائر 1981 ص15.

[4]– هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، نفس المرجع، ص344.

وأخيرا إذا كانت الفضالة تقتضي قيام الفضولي بالعمل لحساب رب العمل فإن المستأجر لا يهدف من رجوعه على البائع بالضّمان سوى مصالحه هو ولا يتم الرجوع إذن لحساب المؤجر التمويلي، وعليه فإن الفضالة لا تصلح أن تكون أساسا لرجوع المستأجر على البائع بالضمان.

سادسا: المسؤولية التّقصيـــرية:

إنّ القضاء الفرنسي لا يقر للمستفيد بالرجوع الشخصي والمباشر على البائع بالضمان ما لم يكن ذلك بموجب نقل حقوق شركة التأجير التمويلي في الضّمان إليه، وذلك احتراما لمبدأ نسبيّة آثار التّصرفات، وقد أسّس تقرير رجوع المستفيد بالضمان إلى قواعد المسؤولية التقصيرية التي تجيز للمستفيد إثارة مسؤولية البائع عن العيوب الخفية التي تعتري الأصل[1].

ولكن يلاحظ أن الاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية يجيز للمستفيد مطالبة البائع بتعويض الأضرار التي لحقت به من جراء وجود عيب خفي بالأصل، ويجب أن يتوافر في هذه الحالة عناصر المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، ويترتب على هذا أن الخطأ يجب إثباته، وهذا يعني إلقاء عبء الإثبات على عاتق المستفيد بإثبات أن العيب الذي يعتري الأصل إنما يرجع وجوده إلى خطأ اقترفه البائع، وهو لا يكون متحققا في جميع الأحوال، ويضاف إلى ذلك أن إثارة مسؤولية البائع التقصيرية يتجاوز نطاق مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بالضمان تعاقديا ينشأ عن عقد البيع، ولا شك أن كلا النظامين المسؤولية والضمان نظامان مختلفان.

ومع ذلك قد يجد رجوع المستفيد بالمسؤولية التقصيرية على البائع أهمية في مجال آخر وهو مجال المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالغير بفعل الأصل والتي تقع على عاتق حارسه.

وحراسة الأشياء تقتضي التفرقة بين نوعين من حراسة الأشياء، وحراسة توجيه واستعمال الأشياء، فإذا كان الضرر يرجع إلى ما يكون في الشيء من عيوب جاز للغير الرجوع على المسؤول عن وجود العيب، وإن كان الضرر يرجع إلى خطأ في استعمال الشيء لا يكون سوى الرجوع على الشخص الذي يكون له حق الإشراف والرقابة على الشيء، وبوصف المستفيد أجنبيا عن عقد البيع فإنه يستطيع الرجوع على البائع بالمسؤولية بوصفه حارس البناء الهيكلي للأصل إذا نتج عنه ضرر بسبب العيوب التي تعتريه، ومع ذلك يجب لإعمال هذا الحكم غض النظر عن تدخل شركة التأجير التمويلي بوصفها مالك الأصل ومؤجره.

ثامنا: الدعوى غير المباشـــرة:

أشار اتجاه في القضاء الفرنسي أن جواز رجوع المستفيد على البائع بالضمان إعمالا للدعوى غير المباشرة، ويكفي في هذا الصدد ألا تستعمل شركة التأجير التمويلي حقها في الرجوع على البائع[2].

ومع ذلك يصعب القول بتأسيس رجوع المستفيد على البائع بالدعوى غير المباشرة في إطار التأجير التمويلي، فمن جانب يكون الرجوع لحساب المستفيد _كما أشرنا من قبل_ في حين أن الدائن الذي يستعمل دعوى مدنية

---

[1] - Tribunal de commerce de paris, 4 chambre, 19 mai 1970, jcp 1971.

[2] - Mazeaud et Chabas, op.cit. p1028.

إنما يقتصر على إعمال حقوق المدين الذي تقاعس عن اقتضائها، حيث أن المستفيد يعمل حقا شخصيا ومباشرا في الرجوع على البائع، ويتقرر بمقتضى عقد التأجير التمويلي، فلا جدوى من إعمال الدعوى غير المباشرة حتى ولو فرضنا جدلا أن عقد التأجير التمويلي لا ينقل حقوق الشركة الممولة إلى المستفيد تجاه البائع، فإن اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة تقتضي أن يكون المدين أي شركة التأجير التمويلي معسرا، وهو ما يصعب تحققه وحال شركات التأجير التمويلي من الملاءة المالية التي تنفي عنها شبهة الإعسار[1].

وكذلك يفترض إعمال الدعوى غير المباشرة أن تكون شركة التأجير التمويلي مدينة للمستفيد بالضمان في حين أن عقد التأجير التمويلي يتضمن شرطا بإعفاء الشركة من الإلتزام بالضمان مما ينفي عن المستفيد صفة الدائن بالضمان في علاقته بها.

تاسعا: حوالـــة الـــحق:

ذهبت بعض الاتجاهات الفقهية في فرنسا إلى تكييف حق المستأجر في الرجوع على البائع، تأسيسا على نظرية حوالة الحق، إذ رأى الفقيه الفرنسي GALAIS-AULYO[2] أن نقل حقوق شركة التأجير التمويلي في ضمان البائع إلى المستفيد تتحقق بموجب حوالة حق، وإعلان البائع بها في طلب التعاقد الذي ترسله شركة التأجير التمويلي إليه، فيتحقق بذلك نفاذ الحوالة في مواجهته وبالتالي قبوله الضمني بها ، ومن ثم يكون المؤجر بمركز المحيل، والبائع بمركز المحال عليه والمستأجر بمركز المحال له، فتكون الحوالة نافذة في مواجهة البائع، فالمستأجر بصفته محال له يستطيع أن يرجع على البائع باسمه ولحسابه يطالبه بتنفيذ التزاماته المترتبة في ذمته بموجب عقد الشراء،كالالتزام بالضمان أو المطالبة بالتعويض بسبب التأخير في تسلم الأموال المؤجرة أما البائع بصفته محالا عليه فله أن يتمسك في مواجهة المستأجر بجميع الدفوع التي له تجاه المؤجر عملا بأحكام الحوالة[3].

ويرى هاني دويدار هذه النظرية بالقول:"إن فكرة الحوالة هي أقرب الفكر إلى التعبير عن مقصود الأطراف من تنظيم رجوع المستأجر على البائع بالضمان، وترتب عليها من الآثار مايتفق وهذا التنظيم الإتفاقي للرجوع"[4].

نقد هذه النظرية: يؤخذ على فكرة حوالة الحق كأساس لرجوع المستأجر على البائع بالضمان أن الحوالة تتقرر قبل نشأة الحق المحال، فالحوالة التي يتضمنها عقد التأجير التمويلي هو أسبق في التكوين من عقد البيع، مصدر حق شركة التأجير التمويلي في الضمان، فقبول الشركة للبيع لا يكون إلا في أعقاب إبرام عقد التأجير التمويلي،ما يترتب عليه أن الشركة تحيل حقا لم ينشأ بعد، ويتنافى ذلك مع التزام المحيل بضمان وجود الحق

1 -STARCK, op.cit. p 976.
2 -GAIAIS-AULYO, op.cit. p 424.

3 – انظر المادة 248 ق.م.ج.

4– هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق ، ص350.

وقت الحوالة[1]، حيث تعتبر حوالة حق الشركة في ضمان البائع حوالة بعوض ويتمثل مقابل الحوالة في إعفاء الشركة من التزامها بالضمان بوصفها مؤجرة.

عاشرا: الاشتراط لمصلحة الغير:

الإشتراط لمصلحة الغير هو اتفاق بين شخصين على إنشاء حق لشخص آخر ليس طرفا في هذا الاتفاق[2]، أو هو اتفاق بين المشترط والتعهد ينشأ عنه على عاتق الأخير حق للمنتفع، ذهبت بعض الاتجاهات الفقهية إلى تأسيس رجوع المستأجر على البائع على أساس فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، فهذا يأتي بالاتساق مع المقتضيات الفنية لهذا النظام باعتباره من نظم القانون الخاص، لكن ينبغي التساؤل عن مدى اتفاقه مع البناء القانوني لعملية التأجير التمويلي ثلاثية الأطراف؟

لكن هناك من الشواهد ما يدل على توافر المقتضيات الفنية للاشتراط لمصلحة الغير في التنظيم الإتفاقي لرجوع المستفيد على البائع بالضمان، ذلك أنه يشترط أولا أن تكون للمشترط مصلحة في الإشتراط، ولا يخفى ما يكون لشركة التأجير التمويلي من مصلحة في تمكين المستأجر من الرجوع على البائع حتى تعفى من الإلتزام بالضمان، ومن جانب آخر لابد أن ينشأ الاشتراط لمصلحة الغير عن عقد بين المشترط والمتعهد، وهو ما يكون محققا في عملية التأجير التمويلي، حيث تنشأ علاقة قانونية عن عقد البيع المبرم بين البائع والمؤجر التمويلي لشراء الأصل المؤجر.

نقد هذه النظرية : إن الانتقاد الجوهري الذي يمكن توجيهه إلى تأسيس رجوع المستأجر بالضمان على فكرة الإشتراط لمصلحة الغير، أنها لا تعد وسيلة لنقل الحقوق فبموجب الإشتراط ينشأ للمنتفع حق شخصي ومباشر تجاه المتعهد لم يتقرر من قبل في ذمة المشترط[3]، وبالتالي ليس في وسع الإرادات الخاصة تحوير الإشتراط لمصلح الغير إلى وسيلة لنقل حق كان مقررا للمشترط إلى المنتفع، بمعنى أن حق المستأجر لم ينشأ من عقد الإشتراط مباشرة، وإنما نشأ أولا في ذمة المؤجر ومن ثم انتقل بعد ذلك إلى المستأجر.

ونشير أخيرا أنه ما اكتنف محاكم الموضوع في فرنسا من اختلاف حول تأسيس رجوع المستفيد على البائع بالضمان على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير بين مؤيد وعارض. وقد بنى اعتراض الفريق الثاني على ملاحظة مبدئية تتمثل في جهل البائع بشروط التأجير التمويلي وبالتالي استحالة قبوله التعهد بتنفيذ التزامه بالضمان لمصلحة المستفيد، وقد رأينا أن الفقه حاول رد هذا القضاء بقوله أن الإشتراط لمصلحة المستفيد إنما يتضمنه طلب التعاقد الذي ترسله شركة التأجير التمويلي إلى البائع مما يفيد قبول البائع له

---

[1] - CARBONNIER, op.cit. p536.

[2] - فريدة زواوي، مبدأ نسبية أثر العقد، رسالة دكتوراه، الجزائر 1992، ص150.
وأيضا محمد سامي مدكور، الإشتراط لمصلحة الغير، مجلة القانون والإقتصاد، القاهرة 1989، العدد23، ص 151.

[3] - MAZAUD et CHABAS, op. cit. p 893.
- STARCK, op.cit.p 592.

ولقد انتصرت محكمة التقض الفرنسية[1] لتأسيس رجوع المستفيد بالضمان على فكرة الإشتراط لمصلحة الغير، وبذلك اسدّل الستار على الجدال الفقهي والقضائي حول تكييف الآلية القانونية التي يتحقق بمقتضاها رجوع المستفيد على البائع بالضمان.

الفرع الخامس: الالتزام بنقل الملكية

إنّ التزام المؤجر التمويلي بمقل ملكية الأصل المؤجر في نهاية مدة عقد الإيجار يعد ركنا جوهريا في عقد التأجير التمويلي وفقا لأحكام الأمر 96- 09 وكذا القانون 95 لسنة 1995 المصري المعدل بالقانون 16 لسنة 2001 والقانون 66-455 الفرنسي، فيترتب على ذلك أن تكون شركة التأجير التمويلي ملزمة بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد في نهاية مدة الإيجار.

ويبرز نقل الملكية كالتزام يقع على عاتق المؤجر (شركة التأجير التمويلي) في أغلب فروض التأجير التمويلي، ففي تأجير المنقولات تأجيرا تمويليا أو في تأجير العقار المشترى أو المبنى على أرض تملكها شركة التأجير التمويلي يقع على عاتق هذه الأخيرة التزام بنقل ملكية المنقول أو العقار إلى المستفيد، لكن في فرض بناء العقار على أرض مملوكة للمستفيد لا يتحقق انتقال ملكية العقار إلى المستفيد تنفيذا لالتزام يشغل شركة التأجير التمويلي، وإنما يتحقق ذلك إعمالا لقواعد الالتصاق.

والتزام الشركة بنقل ملكية الأصل المؤجر لا يتوقف على إرادة المؤجر (شركة التأجير التمويلي)، بمعنى ضرورة موافقته على إعمال المستفيد خياره بالتملك في نهاية مدة التأجير التمويلي، وهذا يترتب عليه بأننا لا نكون بصدد تأجير تمويلي في مفهوم القانون الجزائري أو المصري أو الفرنسي[2].

التكييف القانوني لالتزام المؤجر بنقل ملكية الأصل المؤجر للمستفيد:

يتجه الفقه الفرنسي في عمومه إلى تأسيس التزام شركة التأجير التمويلي بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد على وعد منفرد بالبيع[3]، أي وعد يلزم الشركة دون المستفيد[4]، ويفسر الوعد المنفرد بالبيع التزام الشركة منذ تاريخ إبرام عقد التأجير التمويلي بنقل ملكية الأصل إلى المستفيد إذا ما أعلن هذا الأخير عن رغبته في تملك هذا الأصل.

والجدير بالذكر أن للوعد بالبيع دورا متميزا في إطار التأجير التمويلي، ذلك أن الوعد بالتعاقد هو في الأصل اتفاق يمهد إلى إبرام عقد من العقود، بينما يعد الوعد بالبيع سبيلا لانقضاء عقد التأجير التمويلي يأخذه الطرفان في الاعتبار منذ لحظة إبرام العقد[5].

وإذا أخذ في الاعتبار الدور التأميني المنوط باكتساب شركة التأجير التمويلي ملكية الأصل واحتفاظها بها طوال مدة الإيجار؛ فإن للملكية بالنظر إلى مصالح الشركة الممولة دور مرتبط بتنفيذ المستفيد لالتزاماته الناشئة عن

---

[1] - Cassation commerciale, 15 janvier 1985, Dalloz 1986, sommaires p232.

[2] - Cassation Commerciale, 18 novembre 1987, Dalloz 1989, I.R. 190.

[3] - أنظر المادة 8 / 2 من الأمر 96 – 09 المتعلق بالاعتماد الايجاري.

[4] -Bey et Gavalda, Le crédit-bail immobilier, op.cit. p.48.

[5] - BOYER, Contrats et Convention, Encyclopédie Dalloz civil, III,N123.

العقد، حيث تمثل ضمانا ضد مخاطر إعسار المستفيد، وبانقضاء مدة الإيجار بتنفيذ المستفيد كامل التزاماته يسمح الوعد بالبيع بتخلص الشركة من الضمان الذي لم يعد له أهمية بالنسبة لها.

والنتيجة التي يمكن الوصول إليها، نجد أن الالتزام بنقل الملكية يعبر عن مصلحة كلا الطرفين المتعاقدين، فيه تأمن شركة التأجير التمويلي من خطر التصرف في الأصل إلى شخص آخر غير المستفيد، أما المستفيد فبعد أن تكبد أعباء مالية باهظة مقابل تمويل الشركة للأصل يستطيع تملكه وبالتالي الاستئثار بمقابل التصرف فيه دون مزاحمة من الشركة الممولة[1].

المطلب الثاني: التزامات المستأجـــر

بمقتضى عقد التأجير التمويلي يلتزم المستفيد مقابل انتفاعه بالأصل بدفع أقساط الأجرة المتفق عليها، ويعد الوفاء بالأجرة الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المستفيد.

فإذا كانت شركة التأجير التمويلي تمكن المستفيد من الانتفاع بالأصل فهي بوصفها المالكة له معنية بالاستعمال المقرر للمستفيد مما يلقي على عاتق هذا الأخير التزاما بالمحافظة على الأصل المؤجر، ولحق الملكية أهمية خاصة بالنسبة إلى الشركة الممولة، فهو يمثل الضمان الجوهري المقرر لها ضد مخاطر إعسار أو إفلاس المستأجر (المستفيد)، أما الأضرار التي يحدثها الأصل المؤجر للغير سواء كانت ناتجة عن أشياء أو عن البناء فالمستأجر هو الذي يتحمل هذه المسؤولية، وسنتعرض لهذه الالتزامات بالبحث تباعا.

الفرع الأول: الالتزام بالوفاء بالأجـــرة:

طبقا للقواعد العامة في عقد الإيجار يرد عقد الإيجار التمويلي على الانتفاع بالعين المؤجرة، ويعد الوفاء بالأجرة التزاما يقع على عاتق المستأجر مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة[2]، وهي بالنسبة إلى المؤجر ريع العين المؤجرة في مفهومه الاقتصادي وثمارها المدنية في مفهومها القانوني[3].

الفقرة الأولى: عناصر تحديد الأجـــرة:

عند الوفاء بثمن شراء الأصل أو تمويل تكلفة البناء يكون المؤجر (شركة التأجير التمويلي) قد قامت بتوظيف رأسمالها في تملك الأصل، وبالتالي فهي تبحث عن استرداد رأسمالها فضلا عن الحصول على عوائد من خلال أقساط الأجرة التي يدفعها المستفيد (المستأجر)، وبما أن المؤسسات المالية أو شركات التأجير التمويلي هي مؤسسات تجارية تسعى إلى تحقيق الربح.

---

[1] - هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص368.

[2] - Aubry et RAU, Droit civil français, 6 édition par Esmein, Tomes, éditions Techniques, Paris, 1947, p.203.

[3] - MAZEAUD et CHABAS, Leçon de droit civil, op.cit.p890.

من هذا المنطلق تمثل الأجرة التي يلتزم المستأجر بسدادها طوال مدة العقد غير القابلة للإلغاء إهلاكا لرأسمال الشركة وغطاءا لمصاريفها أو نفقاتها المالية (تكاليف إبرام العقد)، مع إضافة نسبة معينة من الأرباح التي يستهدفها المؤجر التمويلي من استثمار أمواله في تمويل المشاريع التجارية وهو ما يعرف بهامش الربح[1].

إن تحديد مقدار الأجرة يتم استنادا إلى ثمن شراء الأصل أو تكلفة البناء ويتم الوفاء بها على أقساط بناءا على مدة العقد، وما ينبغي الإشارة إليه أن تحديد مقدار الأجرة في عقد الإيجار التمويلي يخضع لضوابط مالية صرفة، ولا تأخذ في الاعتبار مطلقا القيمة الايجارية السوقية للأصل المؤجر، ومع ذلك يذهب البعض إلى أن الأجرة هي مقابل الانتفاع بالأصل بالرغم من تقديرها طبقا لضوابط مالية، في حين يذهب البعض الآخر إلى أن الأجرة لا تعد مقابلا للانتفاع بالأصل إلا بصفة جزئية.

ولاشك أن قيمة الأجرة في عقد الإيجار التمويلي تفوق قيمتها في عقد الإيجار التقليدي، حيث تحتكم هذه الأخيرة إلى قيمة الأصل الإيجارية وهي بوصفها صورة للدخل بالنسبة إلى المؤجر، فلا يدخل عنصر إهلاك ثمن العين المؤجرة في الإعتبار عند تحديد قيمتها الإيجارية.

الفقرة الثانية : أحكام الوفاء بالأجـــرة :

تتضمن عقود التأجير التمويلي أحكاما خاصة باستحقاق الأجرة من حيث تحديد زمان ومكان الوفاء بها،كما تتولى تحديد جزاء إخلال المستفيد بالوفاء بالأجرة سواء في حالة الامتناع عن الوفاء بالأجرة أو التأخير فيه، وتشترط شركات التأجير التمويلي تقديم المستأجر لبعض الضمانات تؤمنها خطر إعساره.

لذلك نعرض لأحكام استحقاق الأجرة، ثم لجزاء الإخلال بالوفاء بها، وأخيرا لضمانات الأجرة التي يستوجبها عقد التأجير التمويلي .

أولا: استحقاق الأجـــرة:

يلتزم المستأجر في عقد الإيجار التمويلي بدفع قسط الأجرة في بداية مدة الانتفاع المقابلة له، ويشيع استحقاق الأجرة في أول مدة الإنتفاع في عقد الإيجار العادي[2]، ذلك أن التزام المؤجر بتمكين المستأجر بالإنتفاع بالعين المؤجرة يلزم الوفاء به منذ إبرام عقد الإيجار مما يبرر القيام بالإلتزام المقابل له أي الوفاء بالأجرة في بداية الإنتفاع .

ما يلاحظ أن ما تقضي به عقود التأجير التمويلي في هذا الصدد يخرج عما هو مستقر عليه في عمليات منح الإئتمان، إذ لا يلتزم المؤتمن برد أصل الدين والوفاء بالفوائد التي قد تكون مقررة إلا في نهاية مدة الإئتمان، ذلك أن مفهوم الإئتمان يقتضي الفصل الزمني بين أداءات الطرفين مانح الإئتمان ومتلقي الإئتمان، أي لابد من مدة من الزمن للوفاء بالدين وفوائده للمدين متلقي الإئتمان[3]، وهذا يؤدي إلى التحفظ بشأن ما قيل عن التأجير التمويلي بأنه تمويل كامل لاستثمار المستأجر، إذ يرد الإئتمان الممنوح على ثمن الشراء أو تكلفة البناء[4]، لأن خاصية التمويل

---

[1] – جميلة جوالي، الائتمان الايجاري للمنقولات في المغرب، رسالة لنيل الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكدال الرباط 1998، ص44.

[2]– أنظر المادة 1/498 ق م ج.

2– هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 389.

[4]- GIOVANOLI, op.cit, p33.

الكامل هي إحدى الدوافع للجوء إلى إبرام عقود التأجير التمويلي، فالمستأجر لايلتزم في المساهمة في تمويل المعدات والآلات التي يريد شراؤها أو العقارات التي يريد بناؤها، فهو يرتكن إلى العوائد التي يجلبها الأصل المؤجر في مواجهة الأعباء المالية الناشئة عن العقد، وبالتالي فالتزام المستأجر بسداد أول أقساط الأجرة في بداية الإنتفاع أو حتى من قبل فهذا ما يجعل الوظيفة الإئتمانية لعقود التأجير التمويلي محل نظر.

أما من حيث الوفاء بالأجرة فتتضمن عقود التأجير التمويلي شرطا نمطيا بمقتضاه تكون أقساط الأجرة محمولة لا مطلوبة، بمعنى أنه يتعين على المستأجر التوجه إلى المؤجر التمويلي للوفاء بكل قسط عند حلول أجله، ولذا يعتبر مركز شركة التأجير التمويلي هو مكان الوفاء بالأجرة.

ويأتي الإتفاق على تحديد مكان الوفاء بالأجرة، بالمخالفة لحكم القواعد العامة التي تقضي أن الدين يكون مطلوبا لا محمولا لكن الحكم المتقدم ليس من النظام العام وعليه يجوز للطرفين الإتفاق على مخالفته[1].

ثانيا : جزاء الإخلال بالأجـــرة :

إذا كانت القواعد العامة تنص على جزاء إخلال المستأجر بالتزامه بدفع الأجرة، فيكون للمؤجر أن يطالبه بالتنفيذ العيني بعد إعذاره[2]، وله أن يطلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة[3] أو أن يُضمِّن العقد شرط فاسخ صريح فينفسخ العقد دون حاجة إلى إعذار المستأجر أو أن يطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بالوفاء بالأجرة .

غير أنه في عقد الإيجار التمويلي تختلف صورة الإخلال بالالتزام بأداء الأجرة بين امتناع المستأجر عن الوفاء بها ومجرد التأخر في الوفاء، في حالة امتناع المستأجر عن الوفاء بالأجرة تستطيع شركة التأجير التمويلي التنفيذ بموجب أحد الضمانات المقررة لها بموجب العقد ـ التي سنعرض لها في حينها ـ كما يستطيع المؤجر طلب فسخ العقد، ويكون ذلك بإعمال الشرط الفاسخ الصريح الوارد به، فضلا عن إلزام المستفيد بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائي الوارد في العقد أيضا كما سيجيء.

أمّا في حالة التأخير بالوفاء بالأجرة، فنجد أنه منذ بدء نشاط التأجير التمويلي في فرنسا دأبت الشركات العاملة في هذا المجال على تضمين العقود التي تبرمها مع عملائها شرطا بمقتضاه يتم تحديد الشرط الجزائي المترتب على تأخر المستفيد في الوفاء بأي قسط من أقساط الأجرة عند حلول أجله ويتمثل هذا الجزاء في شكل تعويض ويلتزم المستأجر بأداء جميع النفقات الناشئة عن الشركة المستأجر بحلول الأجل.

إلا أنه بصدور القانون رقم 79-619 المؤرخ في 11 يوليو 1975[4] في شأن المسؤولية عن التأخير، فلم يعد اتفاق الأطراف الخاص بتحديد التعويض عن التأخير صحيحا يعتد به، فنصت المادة 1153 المعدلة من القانون المدني الفرنسي على أنه لم يعد من الجائز في حالة التأخر في الوفاء بالتزام نقدي سوى اقتضاء الفوائد التأخيرية

---

[1] - أنظر المادة 2/498 ق م ج.

[2] - أنظر المادة 2/498 ق م ج.

[3] - أنظر المادة 164 ق م ج.

[4] - Journal Officiel, 12 juillet, p7180Dalloz 1975 législation 255 .

بسعرها القانوني، وأصبح هذا النص من النظام العام يعتد به في جميع العقود دون استثناء، فلم يعد في مقدور المؤجر تحديد التعويض اتفاقا على نحو مغاير لنص القانون في حالة التأخير في الوفاء بالالتزام النقدي.

ثالثا: ضمانات الوفاء بالأجـــرة:

إن عقد التأجير التمويلي من العقود المبنية على الإعتبار الشخصي، فهي تقوم أساسا على ثقة المؤجر التمويلي بالمستأجر، غير أن مقدار هذه الثقة يختلف من مستأجر إلى آخر تبعا لظروفها وطبيعتها، نظرا لعدم ثبات معيار الثقة لا بد من وجود الضمانات، ومفهوم الضمانات لا ينحصر في نطاق التأمينات فقط، إنما تتعدى فكرة الضمان هذا النطاق، لأنها تعبر في الواقع عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني محدد[1]، بينما التأمينات تعبر حقيقة عن نظام قانوني تحدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة، وعليه فإن التأمينات ما هي إلا نوع من الضمانات، والعكس غير صحيح إذ ليس بالضرورة أن يكون كل ضمان نوعا من التأمينات، ففكرة الضمانات أوسع من فكرة التأمينات، وعلى هذا الأساس فإن الضمانات في عقد الإيجار التمويلي مختلفة فنجد الاحتفاظ بالملكية، التأمينات العينية، الشخصية، والتأمين على الحياة.

1 – دور الملكية كوسيلة للضمان:

يحتفظ المؤجر التمويلي بملكية الأشياء المؤجرة على سبيل الضمان، فالملكية تمثل الضمان الجوهري المقرر لها ضد مخاطر إعسار المستفيد[2]، إلا أن عقد التأجير التمويلي بوصفه قانونا عقد إيجار لا يظهر حق الملكية بمثابة ضمان وفاء المستفيد بالأجرة؛ وبالتّالي لا يشكل ضمانة كافية في عقد التأجير التمويلي وهذا يرجع للأسباب التالية:

- إن حق الملكية وإن كان يضمن سلامة عملية التأجير التمويلي ككل فإنه لا يضمن تحديدا الوفاء بأقساط الأجرة في حال تخلف المستأجر عن دفعها حيث أنه وفقا لأحكام قانون التأجير التمويلي، فإذا تخلف المستأجر عن الدفع فإنه من حق المؤجر فسخ العقد واسترداد الأصل المؤجر، وعليه فإن حق الملكية لا يمكنه القيام بدور التأمينات العينية لضمان الوفاء بالأجرة و لا يكون للمؤجر التمويلي حق الأفضلية على سائر الدائنين العاديين.

- إن التأمينات العينية محددة على سبيل الحصر في القانون المدني الجزائري والقوانين المقارنة وعلى هذا الأساس لا يمكن اعتبار حق الملكية تأمينا عينيا لانعدام النص التشريعي.

- إن حق الملكية لا يمكن اعتباره تأمينا عينيا في إطار عملية التأجير التمويلي للوفاء بأقساط الأجرة المترتبة في ذمة المستأجر كدين ثابت لانعدام مبدأي التخصيص والتبعية، فالتأمين الخاص وهو يضمن حقا شخصيا، يكون تابعا له غير مستقل عنه، فيتبعه في شأنه، مصيره، انقضائه وهذه التبعية تعد أهم مقومات التأمين الخاص، فالتابع يتبع الأصل.

---

[1] - L. Aynes, Les garanties du financement, Rapport de Synthèse présenté aux 82 congres des notaires 1980, p.911.

[2] – البشير عليه، الضمانات القانونية في الإيجار المالي، مداخلة ألقيت في ملتقى حول الإيجار المالي تقنية اقتراض متطورة وإشكاليات مستحدثة، دورة دراسية نظمها المعهد الأعلى للقضاء بالاشتراك مع محكمة الاستئناف بتونس يوم 21 جوان 2003 تونس، ص8. أشار إليه بسام هلال القلاب، التأجير التمويلي، مرجع سابق ص 274.

لذلك فإن حق الملكية لا يقوم مقام التأمين الخاص للوفاء بأقساط الأجرة لأن المؤجر لا يمكنه في إطار عملية التأجير، فسخ العقد واسترداد الأصل المؤجر بل يحتفظ بملكية الأصل المؤجر، ومن ثم يلجأ إلى المطالبة بأقساط الأجرة مما يجعل منه دائن عادي.

2 – التأمينات العينيـــة:

إنّ المؤجر التمويلي يكتفي في كثير من الأحيان بما هو مقرر له من حق ملكية الأصول المؤجرة دون أن يثقل كاهل المستأجر بوجوب تقديم تأمينات عينية، إلا أن الممارسة العملية أثبتت أنه في المجال العقاري غالبا ما يشترط المؤجر التمويلي رهن أحد العقارات فتكون كتأمين.

والتأمينات العينية تتمثل في تخصيص مال معين بالذات، مملوك للمدين أو لغيره لضمان الوفاء بدين الدائن، بحيث يكون لهذا الأخير على هذا المال حقا عينيا تبعيا، يعطيه من ناحية الحق في استيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، كما يعطيه من ناحية أخرى الحق في تتبعه في أي يد يكون لاقتضاء حقه[1]، إن الفكرة الجوهرية التي تقوم عليها التأمينات العينية هي وقاية الدائن من مخاطر الضمان العام من خلال منحه ميزتي التقدم والتتبع[2]، وعليه فالضمانات العينية تمكن المؤجر التمويلي من التقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه وله كذلك حق التتبع المال في أي يد كان، ومن التأمينات العينية التي جرى العمل بها في عقود التأجير التمويلي الرهن الرسمي والرهن الحيازي[3].

مما لا شك فيه أن أهمية التأمينات العينية تكمن في ضمان حق المؤجر التمويلي، حيث يقدم الرّهن الرسمي ضمانة قوية بمقتضاها يخصص العقار المرهون لتأمين استيفاء المؤجر للأجرة، لكن يؤخذ على التأمينات العينية أنها تتطلب إجراءات قانونية خاصة لتسجيله، إجراءات الشهر، إجراءات البيع ولهذا قد لا يفضل المؤجر التمويلي خوض هذا الطريق، كما يؤخذ على الرهن الحيازي أن المستأجر يحجم عن الإقدام عليه نظرا لما يستوجب خروج المال المرهون من حيازة المستأجر وحرمانه من الاستفادة منه، ويضيف بدوره تكاليف وأعباء إضافية للمؤجر للمحافظة عليه، إضافة إلى ذلك فإن التأمينات تهددها خطر الهلاك مما يعدم كل ضمان ينتظره المؤجر التمويلي[4].

3– التأمينات الشخصيـــة:

يعرّف الفقه التأمينات الشخصية بأنها ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن مدينان بدل مدين واحد، أو أكثر كلهم مسؤولون عن الدين في وقت واحد أو على التعاقب [5] ، تأتي في مقدمة هذه التأمينات الكفالة الشخصية والكفالة المصرفية كوسيلة حديثة لتأمين حقوق المؤجر التمويلي في استيفاء حقه في الوفاء بالأجرة.

---

[1] – محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، الطبعة الثانية، القاهرة 1979، ص146.

[2] – حسام الدين كمال الأهواني، التأمينات الشخصية والعينية في القانون الكويتي، الجزء الأول، مؤسسة دار الكويت، الكويت 1986، ص18.

[3] – أنظر المادة 882 والمادة 948 من ق.م.ج.

[4]– إبراهيم الدسوقي أبو ليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1984، ص193.

[5] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 10، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، لبنان1964، ص6.

أ – **الكفالة الشخصية** : عرّفها المشرع الجزائري في المادة 644 ق.م بقولها: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"، ويعرّفها الفقه على أنها عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل ودائن شخص آخر، يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدّين الذي له على المدين[1] .

إن المؤجر التمويلي قد يطلب من المستأجر تقديم كفيل يكفل له تنفيذ التزامه واقتضاء حقه في استيفاء بدل الأجرة والثمن المحدد في العقد في حال إخلال المستأجر بالتزامه، من هنا يظهر الدور التأميني للكفالة الشخصية.

ويشترط عقد التأجير التمويل أن تكون الكفالة تضامنية، وبالتالي لا يحق للكفيل أن يتمسك في مواجهة المؤجر بالدفع بالرجوع والدفع بالتجريد، ويشترط في الكفيل أن يكون أكثر يسارا من المستأجر، لكن ثار خلاف وجدل حول تحديد نطاق هذه الكفالة في حالة النص عليها بعبارات عامة دون تحديد دقيق لما يشمله التزام الكفيل وإن كان الإجماع قد انعقد حول كفالة التزام المستفيد بالأجرة ، إلا أن الخلاف تعلق بالتزامه بدفع التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائي المنصوص عليه في حالة الفسخ لإخلال المستأجر بتنفيذ التزاماته العقدية.

في هذا ذهبت محكمة ليل الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 20 مارس 1974 "إلا أنه بالرغم من عدم النص صراحة في عقد الكفالة على ضمان وفاء المستفيد بالتعويض عن الفسخ إلا أن التزام الكفيل يشمله"، وأيدت محكمة دوي الإستئنافية في 15 أفريل 1975 حكم محكمة أول درجة ورفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المقدم من الكفيل الذي نعى على الحكم المستأنف، إلزامه بدفع التعويض عن الفسخ بالرغم من سكوت عقد الكفالة عن النص على شمول الكفيل بدفع هذا التعويض [2].

وقد انتقد الفقه[3] قرار محكمة النقض الفرنسية بتحميل الكفيل الوفاء بكل التزامات المستأجر في حالة عدم التحديد، وحجتهم في ذلك أن عقد الكفالة يبرم بين الكفيل والدائن، فإن مبدأ نسبية آثار التصرفات يمنع جواز الإحتجاج في مواجهة الكفيل بما يقضي به عقد التأجير التمويلي من التزام المستفيد بدفع التعويض عن الفسخ، حيث يظل الكفيل أجنبيا عن ذلك العقد، وأمام هذا الجدل بين الفقه والقضاء حول إلزام الكفيل بتحمل التزام المستأجر بالوفاء بالأجرة والتعويض المقرر بموجب الشرط الجزائي في حالة الفسخ هذا ما يؤدي بالكفيل العزوف عن كفالة المستأجر لأن فيه عنت وإرهاق للكفيل، أمام هذا الوضع تلجأ شركات التأجير التمويلي للبحث عن بديل آخر ربما تكون الكفالة المصرفية.

ب – **الكفالة المصرفية** : قد يتم الإتفاق بين المتعاقدين على أن يتم تقديم كفالة مصرفية لضمان وفاء المستأجر بأقساط الأجرة والتي تقوم بها عادة البنوك التجارية وهي تمنح للمؤجر التمويلي ضمانا أقوى .

---

[1] – محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول التأمينات الشخصية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر1999، ص15.

[2]- cassation civile, 1chambre.8 février 1977, J C P 1979....19095, note JAQUEMONT.

[3]- GAVALDA, op.cit,2 cahier, N 32.

والكفالة المصرفية هي عقد ملزم لجانب واحد حيث يلتزم الكفيل (البنك) بمقتضى هذا العقد بالوفاء في حال تخلف المستأجر المدين عن الوفاء، أما عن قواعد قبول الكفالة المصرفية فالبنك يكون كفيلا للمستأجر بموجب كفالة مصرفية، فيجري دراسة عن مخاطر هذا العقد، فيدرس المركز المالي للعميل (المستأجر) وشخصه، لكون الكفالة المصرفية تقوم على الإعتبار الشخصي، لذا ينظر إلى مدى ملائمة المستأجر وقدرته على إدارة المشروع الذي يطلب من أجل تحقيقه بنجاح الكفالة المصرفية، وإذا كانت شركة فإنه يتأكد من ضمانات ومقدار ديون دائني الشركة، وما إذا كانت هناك وثائق تأمين تستفيد منها الشركة[1]، غالبا ما يكون المدين المستأجر عميلا للبنك يتدخل من أجل تقوية ائتمانه مما يمكن المستأجر من الحصول على الأصل المؤجر، أو بناءا على مشارطات في العقد وغالبا ما يشترط المؤجر التمويلي أن يكون التزام الكفيل (البنك) بالوفاء قائما مهما كان سبب تخلف المستأجر (المدين) عن الوفاء، فقد يكون تخلف المستأجر عن الوفاء بسب إعساره أو إفلاسه، أو بسبب ظروف طارئة جعلت التزام المستأجر المدين مرهقا [2]، أو بسبب قوة قاهرة جعلت التزام المستأجر مستحيلا[3]، لأن كفالة البنك تضامنية.

حدود الكفالة المصرفية: تبدو الكفالة المصرفية أجدى وأصلح من الكفالة العادية، فهي توفر ضمانا للمؤجر التمويلي كالتأمين الذي يحققه له إيداع النقود لديه من قبل المستأجر، فالكفالة المصرفية تحل محل مبلغ من المال الذي ربما يؤديه المستأجر للمؤجر كضمان للوفاء بالأجرة، فهي تؤدي عمل الشيك أو الأوراق التجارية في الوفاء[4]، ولذلك فهي وسيلة فعالة تشجع عل تمويل المشاريع الاقتصادية المختلفة، وسد احتياجات هذه المشاريع عند إنشائها مما يؤدي انتعاش الحياة الإقتصادية .

رغم ما تحققه الكفالة المصرفية من جدوى للمؤجر التمويلي، إلا أن المستأجر قد لا يجد بنكا يقدم له كفالة مصرفية، وإن وجد بنكا فإنه لا يقبل أن يكون كفيلا له بموجب كفالة مصرفية إلا لقاء ضمانات معينة، وهذه الضمانات قد تكون على شكل ضمانات عينية أو ضمانات شخصية يقدمها العميل المستأجر للبنك الكفيل كضمانة وهذا يرهق المستأجر ويحمله التزامات إضافية.

ج – التأميـــن: يلعب التأمين بالنسبة للمؤجر التمويلي بدور عظيم الشأن في عمليات الضمان، وبقدر تعدد وتنوع صور التأمين تتعدد الصور المختلفة لضمان المؤجر التمويلي التي تكفل له استفاء بدل الأجرة والثمن المتفق عليه في العقد عقد التأجير التمويلي، ويمكن تناول التأمين كوسيلة للضمان على النحو التالي:

1 – **التأمين على شخص المستأجر** :

تحرص شركة التأجير التمويلي على تنفيذ عقد الإيجار التمويلي بواسطة المستفيد المستأجر دون غيره، ولا يمكن إدراك حكمة ذلك إلاّ بالرجوع إلى الطّابع المالي الصّرف للتأجير التمويلي، فمن المقرر أن منح الإئتمان

---

[1] – جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة 1989، ص483.

[2] – انظر المادة 3/107 ق م ج.

[3] – نظر المادة 127 ق م ج.

[4] – رزق الله أنطاكي، الحسابات والإعتمادات المصرفية، دار الفكر، دمشق1969، ص309.

بوجه عام يقوم على عنصر الثقة التي يوليها مانح الإئتمان إلى متلقيه، مما يضفي على علاقة الإئتمان العقدية صبغة الإعتبار الشخصي، ومن هنا فإن عقد الإيجار التمويلي يقوم على الإعتبار الشخصي باعتباره تعبيرا عن علاقة إئتمانية تفرض ثقة المؤجر في شخص المستفيد فيصبح هذا الأخير محل اعتبار لدى المؤجر مانح الإئتمان.

ومن هنا يبرز الأثر المترتب على وفاة المستأجر في زوال الإعتبار الشخصي في عقد الإيجار التمويلي، لذلك تتضمن عقود التأجير التمويلي شرطا نمطيا يقضي بانقضاء العقد بمجرد وفاة المستفيد، وهذا خلافا للقواعد العامة في عقد الإيجار الذي لا ينتهي بموت المستأجر[1]، مما يترتب عليه المضي في تنفيذ العقد مع ورثة المستأجر، فإن ترك الأمر للقواعد العامة معناه الشركة تستمر في تنفيذ العقد مع الورثة وهؤلاء لا يتوافر لديهم عنصر الثقة الذي كانت توليه لشخص المستأجر.

لكن تفاديا لهذا الوضع يفرض المؤجر التمويلي على المستفيد المستأجر إبرام عقد التأمين على حياته لمصلحتها أي يتم تحديد المؤجر التمويلي كمستفيد بوثيقة التأمين ويجب أن لا يقل مبلغ التعويض الذي تتعهد به شركة التأمين دفعه عند وفاة المستأجر عن ثمن شراء الأصل أو تكلفة بنائه، وهكذا يتأكد المؤجر التمويلي من تفادي أي خسارة يمكن أن تنجم عن انتهاء عقد التأجير التمويلي بسبب وفاة المستأجر، فهو يستبقي ما يكون قد قبضه من أقساط الأجرة عند الوفاة، ويحصل على مبلغ التعويض من شركة التأمين المساوي لرأس المال.

والجدير بالذكر أن شركات التأجير التمويلي قد استلهمت ممارستها هذه، مما شاع في مجال البيع بالتقسيط من اشتراط البائع إبرام المشتري عقد التأمين على الحياة حتى تأمن مخاطر عدم استيفاء الثمن في حالة وفاة المشتري وبالتالي يصبح التأجير التمويلي تطبيقا جديدا لاستغلال التأمين على الحياة في مجال منح الإئتمان.

2 - التأمين على الأصل المؤجر:

في هذه الصورة يتم الاتفاق بين المتعاقدين على الأصل المؤجرة كأداة استيفاء قيمة الأصول المؤجرة بدلا من التأمين على شخص المستأجر، وفي هذه الحالة يأمن المؤجر التمويلي خطر الهلاك أو السرقة، وعند تحقق هذه المخاطر يكون للمؤجر التمويلي الحق في مبلغ التأمين الذي يعادل قيمة الأصل المؤجر، ويمكن اعتبار هذا العقد كتطبيق للإشتراط لمصلحة الغير وفقا للمادة 116 ق م ج. والغير هنا هو المؤجر التمويلي والإشتراط لمصلحة يعّرف بأنه عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين ويسمى المشترط على الطرف الآخر ويسمى المتعهد التزاما لمصلحة شخص ثالث ليس طرفا في العقد يسمى المنتفع، بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر قبل المتعهد[2].

إن نية المستأجر وشركة التأجير التمويلي تنصرف إلى تقرير حق مباشر يتلقاه المنتفع من العقد، دون أن يكون طرفا فيه، فالمستأجر يقوم بالاكتتاب في التأمين لصالح المؤجر باشتراط ذلك صراحة في وثيقة التامين، وللمستأجر مصلحة في هذا الإشتراط لصالح المؤجر إذ يتوقف عليه التأجير، وبهذا تتوفر شروط الإشتراط لمصلحة الغير[3].

---

[1] - انظر المادة 469 مكرر 2 ق م ج.

[2] - محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، المطبعة الجديدة، دمشق 1977، ص300.

[3] - إبراهيم الدسوقي أبو ليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مرجع سابق، ص224.

الفرع الثاني: التزامات المستأجر التمويلي المتعلقة بحماية ملكية المؤجر التمويلي والمحافظة عليه

يلتزم المستفيد في سبيل المحافظة على الأصل المؤجر باستعماله استعمالا عاديا وشخصيا من جانب أول، كما يلتزم بصيانته من جانب ثان، وأخيرا بالتأمين عليه ونعرض لهذه الالتزامات تباعا.

الفقرة الأولى: الإلتزام باستعمال الأصل استعمالا عاديا وشخصيا:

إن المستأجر يجب عليه اتخاذ كافة التدابير اللازمة لاستعمال الأصل المؤجر استعمالا عاديا والمحافظة عليه[1] حتى يكون صالحا للإستعمال للوجه المخصص له، ولا يختلف حكم العقد هنا عما هو مقرر في القواعد العامة[2]، إذ يلتزم المستأجر ببذل عناية الرجل العادي في استعمال العين المؤجرة على الوجه المخصص له .

ففي مجال التأجير التمويلي للمنقولات يفرض العقد على المستأجر (المستفيد) وضع المنقول في موقع يضمن حسن استعماله على نحو يسمح بالمحافظة عليه، ومن جانب آخر ينص العقد على أن المستفيد يسهر على وضع المنقول موضع التشغيل من حيث تثبيته في الموقع المخصص له، فلا يحق له نقله إلا بعد إخطار المؤجر التمويلي وموافقته على الموضع الجديد للمنقول [3].

إن المستأجر يلتزم في تنفيذه لهذه الإلتزامات بذل عناية الرجل العادي الذي يعرفه القانون الروماني برب الأسرة الطيب الذي يعتني بشؤون أسرته، فالمعيار هنا معيار موضوعي فالمطلوب من المستفيد بذل عناية الرجل العادي وليس بذل عنايته هو في شؤون نفسه، والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية، ومن ثمة يكون قد وفى بالتزامه متى بذل العناية المطلوبة منه ولو لم يتحقق الغرض المقصود وهو سلامة الأصل المؤجر[4]، ولكن بالنظر إلى أحكام قانون التأجير التمويلي والشروط العامة في عقود التأجير فالمستأجر لا يمكنه التحلّل من مسؤوليته اتجاه المؤجر التمويلي حتى في حالة تلف أو هلاك الأصل المؤجر بفعل القوة القاهرة، ولذا يجب عليه التزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة الأصل المؤجر وعليه أن يبذل أقصى العناية في المحافظة عليه.

لكن في مجال التأجير التمويلي العقاري يحظر العقد على المستأجر وضع مواد بالعقار قد تضر به مثل المواد المتفجرة أو المواد القابلة للإلتهاب، أو تكون خطيرة وبالتالي تهدد الأصل المؤجر[5].

من جانب آخر يفرض عقد التأجير التمويلي على المستأجر استعمال الأصل المؤجر استعمالا شخصيا، إذ يحظر عليه تأجيره من الباطن أو استبداله أو إعارته، فمن جهة يبقى الأصل مملوكا للمؤجر التمويلي مما يسلب كل حق للمستفيد التصرف فيه تصرفا ناقلا للملكية فلا يجوز له بيعه أو رهنه، سواء كان الرهن رسميا أو حيازيا وعقد التأجير التمويلي لم يكن بحاجة إلى النص على ذلك حيث يعد من عقود الأمانة ويتعرض المستأجر لعقوبة خيانة الأمانة المنصوص عليها في قانون العقوبات.

---

[1] - أنظر المادة 4/39 من الأمر 96-09 المتعلق بعقد الإيجار التمويلي.

[2] - أنظر المادة 495 ق م ج.

[3] - أنظر المادة 7/39 من الأمر 96-09 من نفس الأمر.

[4] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص534

1- هاني محمد دويدار، النظام القانوني لعقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص408.

وفي سبيل التأكد من احترام المستأجر لإلتزامه باستعمال الأصل استعمالا شخصيا وعاديا، يحتفظ المؤجر التمويلي بحقه في إيفاد من يحدده من الأشخاص لمراقبة المستفيد للأصل وصيانته له في أي وقت طوال مدة العقد.

الفقرة الثانية: الإلتزام بصيانة الأصل:

يلتزم المستفيد طبقا لنصوص عقد التأجير التمويلي القيام بأعمال الصيانة اللازمة للحفاظ على صلاحية الأصل للإستعمال في الوجه المخصص له، ويلتزم كذلك وعلى نفقته بإجراء جميع أعمال الصيانة الضرورية التي تهدف إلى المحافظة على الكيان المادي للأصل المؤجر[1] ويعتبر هذا خروجا عن القواعد العامة التي تحمل المستفيد بإجراء الصيانة الإيجارية[2] .

وقيل في تبرير التزام المستفيد بالصيانة الضرورية أن مآل ملكية الأصل تنتقل إليه في نهاية مدة العقد، وبالتالي ليس ما يمنع من تحمله تبعات الملكية منذ بدء انتفاعه بالأصل[3]، فالمستفيد لم يحرم إبتداءا إلا من أجل تمتع المؤجر التمويلي بضمان فعال ضد مخاطر إعساره، ويقتضي التوازن العقدي أن يتحمل المؤجر التمويلي تبعات هذا الضمان تطبيقا لمبدأ الغنم بالغرم، إلا أن المؤجر يبقى قابعا في دوره التمويلي البحت ويعزف عن اقتحام ما يتعلق بالجوانب الفنية للأصل مما جعله يفرض على المستأجر (المستفيد) أعباء الصيانة الضرورية.

يضاف إلى ذلك أن إلزام المستفيد بالصيانة الضرورية يسيء لمركزه القانوني إذا ما قورن بمركز المالك فالمالك حر في إصلاح ما تلف من أمواله، فهو حر كذلك في صيانة هذه الأموال أو تركها للتلف أو الهلاك، أما المستأجر التمويلي فيقع على عاتقه التزام بالصيانة لا يستطيع الإفلات منه وإلا قامت مسؤوليته في مواجهة المؤجر التمويلي.

هكذا نجد عقود التأجير التمويلي تخرق قانون التحملات في هذا التوزيع المتناسق للصيانة كنتيجة طبيعية للمصالح المتبادلة للطرفين، واضعة على كاهل المستأجر كل الإصلاحات[4] ، وتتكرس هذه الوضعية أكثر من خلال التنصيص الشائع والذي نجده في كل اتفاقات التأجير التمويلي، قاضيا بأنه إذا كانت أعمال الصيانة تتطلب تركيب قطع غيار وملحقات تجهيزية للأصل، فإن هذه الإضافات تصبح تلقائيا في ملك المؤجر، دون إمكانية مطالبته بأي تعويض مقابل ذلك نجد حالة ملموسة لالتصاق المنقول.

يتضح من ذلك مدى حرص المؤجر التمويلي على الإبقاء على صلاحية الأصل المؤجر وهو ما لم يكن ليهتم به إذا ما تأكد له انتقال ملكية الأصل إلى المستأجر، إلا أنه يكون معرض لاسترداده إما في نهاية مدة العقد إذا لم يعمل خيار الشراء أو على إثر فسخ العقد قبل تمام تنفيذ هذه، وفي مثل هذه الفروض تثور حاجته إلى التصرف في الأصل وهو ما لا يكون له ما لم يكن الأصل صالحا للإستعمال على الوجه المخصص له، والصيانة الضرورية والتأجيرية هي التي تسمح له ببلوغ هذا المراد، وعلى ذلك فمصلحته تقتضي ذلك حتى تبقى وضعيته متميزة

---

[1]- GIOVANOLI, op.cit, p 401.

[2] - حول الإلتزام بالصيانة أنظر إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار، مرجع سابق، ص388.

[3]- Bey et GAVALDA, le crédit-bail mobilier, op. cit, p101.

[4] – رياض فخري، التوازن العقدي بين الواقع والنظرية في عقد التأجير التمويلي، مقالة منشورة على صفحات الانترنيت على الموقع التالي: www.droitmarocana.blogspot.com ، تاريخ الإطلاع 2010/12/15، الساعة الثانية زوالا.

كدائن اتجاه المستأجر الذي هو في حاجة للمساعدة المالية، لكي يظل قادرا على إملاء شروطه في مقتضيات كهذه.

الفقرة الثالثة: الإلتزام بالتأمين:

الأصل وفقا للقواعد العامة إذا هلكت الأموال المؤجرة كليا بفعل القوة القاهرة أو بسبب لا يد للمستأجر فيه، فإنها تهلك على مالكها، ويترتب على ذلك فسخ العقد إذا كان الهلاك كليا، أما إذا كان جزئيا وأصبحت العين المؤجرة لا تصلح للإستعمال الذي أعدّت له، ولم يقم المؤجر في الوقت المناسب برد العين المؤجرة للحالة التي كانت عليها، يكون للمستأجر طلب إنقاص بدل الإيجار أو فسخ العقد[1].

لكن ما يتميز به عقد التأجير التمويلي عن الإيجار العادي نجد المشرع حمل المستأجر كافة المخاطر المتعلقة بالمأجور، وحمّله تبعة الهلاك في كل الأحوال حتى في حالات السبب الأجنبي ومنه القوة القاهرة، باستثناء السبب الذي يعزى للمؤجر وهذا الأخير يصعب حدوثه من الناحية العملية.

ونظرا لتعلق ضمان استيفاء الأجرة والثمن المحدد في العقد بالأصل المؤجر حيث أن الأجرة هي الضمانة لذلك، فإن العمل درج في عقود التأجير التمويلي[2] على أن يشترط المؤجر على المستأجر التأمين على الأصل لمصلحته[3].

تبرز أهمية وجود مثل هذا الشرط، إضافة إلى ضمان استيفاء المؤجر حقه في الأجرة، أنه يخفف من أعباء الهلاك التي يتحملها المستأجر[4]، باعتبار أن المستأجر وحده هو الذي يتحمل هذه المخاطر ومنها تبعة هلاك المأجور سواء كان كليا أو جزئيا .

ولا يقف الأمر عند اشتراط التأمين بل غالبا ما يشترط المؤجر أن يتم التأمين بما يعادل القيمة الكاملة لاستبدال الأصل المؤجر بمثله شريطة أن لا تقل قيمة التأمين تحت أي ظرف عن مجموع الأقساط الإيجارية غير المدفوعة، أو أن تشترط بعض العقود أن تكون القيمة تعادل 120% من تكلفة الأصل[5] وما يبرر مثل هذه الشروط أن المؤجر التمويلي يقوم بدور تمويلي بحت فهو يسعى إلى الحصول على قيمة الأصل الذي موّله مضافا إليه هامش ربح معين.

---

[1] - انظر المادة 481 من ق م ج المعدل والمتمم.

[2] - انظر المادة 481 ق م ج المعدل والمتمم.

[3] - تنص المادة 13 من اتفاقية بنك البركة على أنه: "يلتزم المستأجر بالتأمين على المعدات على نفقته الخاصة طالما ظل البنك مالكا لها".

[4]- انظر المادة 7 من نموذج شروط عقد التأجير التمويلي للبنك الدولي الإسلامي للتنمية، مشار إليه في هشام خالد، البنوك الإسلامية الدولية وعقودها، مرجع سابق، ص104.

والبنك الإسلامي للتنمية تم إنشاؤه بموجب اتفاقية دولية بين 22 دولة إسلامية من أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامي، وبدأ سريان الإتفاقية في 12 ربيع الثاني 1395 الموافق 23 أفريل 1975 والجزائر أحد أعضاء الدول فيه.

[5] - انظر المادة 14 من اتفاقية بنك البركة الجزائري.

مضمون التزام المستأجر التمويلي بالتأمين على الأصل:

كثيرا ما تملك شركات التأجير التمويلي التي تتخصص في تأجير المنقولات أجهزتها الخاصة بالتأمين، ولا يعد التأمين هنا نشاطا متميزا يضاف إلى نشاطها الرئيسي المتمثل في التأجير التمويلي وإنما هو مكمل له ومن هذه الشركات شركة "Loca France"فهي أول من امتلك جهاز خاص بالتأمين.

أما ما تغطيه بوليصة التأمين هو الأضرار أو الخسارة التي تنجم عن الحريق أو السرقة أو التلف الناتج عن الكوارث الطبيعية، كما يمكن أن تغطي وثيقة التأمين المخاطر الناجمة عن حراسة هذه الأموال أو حيازتها أو استعمالها وبالأخص المسؤولية المدنية للمالك أو الحائز أو المستعمل[1].

فإذا ما تم التأمين وتحقق الخطر، فإن شركة التأمين تلتزم بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد من العقد وعادة ما يكون مبلغ التأمين نقودا وحتى في حالة إصلاح الضرر عينا من قبل شركة التأمين فإنها في النهاية ستدفع مبلغ من النقود إلى من يقوم بعملية الإصلاح[2].

والسؤال الذي يثيره التّأمين على الأصل المؤجر هو أنه في حالة حصول الهلاك الجزئي للأصل محل العقد فإن المستأجر ملزم وفقا لقواعد عقد الإيجار التمويلي القيام بالإصلاحات، وشركة التأمين تعوض المستفيد من عقد التأمين وهو المؤجر التمويلي، فهل يمكن لهذا الأخير الإحتفاظ به وإلزام المستأجر بالإصلاح والصيانة؟

فإذا سلمنا بهذا، فالمؤجر التمويلي يكون قد أثري على حساب المستأجر، حيث يعوض من قبل شركة التأمين من جهة، ويقوم المستأجر بجبر الضرر لإعادة الأصل المؤجر للحالة التي كان عليها قبل الهلاك الجزئي من جهة ثانية لذا غالبا ما تتضمن عقود الإيجار التمويلي، النص على أن يقوم المؤجر بتسليم المستأجر مبلغ التأمين، مقابل الإصلاحات التي قام بها بعد استظهار بيان الإصلاح الذي تم في حدود ما تحمله العميل من نفقات في هذا الشأن.

الفرع الثالث: التزام المستأجر بالمسؤولية المدنية

إن المؤجر التمويلي يتعمد في عدم الإلتزام بكل ما يتعلق بانتفاع المستفيد بالأصل المؤجر، فإنه من باب أولى يسعى إلى البقاء بعيدا عن كل مسؤولية يمكن أن تنشأ عن الإنتفاع بالأصل، وسبيلها إلى ذلك أن تزيد من نطاق الإلتزامات المفروضة على المستفيد واعتباره مسؤولا عن كل ما ينشأ عن انتفاعه بالأصل من أضرار.

وأهم صور المسؤولية في هذا الصدد، المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب الأصل المؤجر وهي المسؤولية عن تهدم البناء، والمسؤولية عن حراسة الأشياء.

الفقرة الأولى : المسؤولية عن تهدم البناء :

تعرض المشرع الجزائري للمسؤولية الناشئة عن تهدم البناء كليا أو جزئيا في المادة 2/140 و3 من القانون المدني فمسؤولية ملك البناء في القانون المدني الجزائري تنهض إذا أثبت المضرور أن الضرر يرجع إلى نقص في

[1] – أنظر المادة 8 من اتفاقية بنك البركة الجزائري.

[2] – خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة1984، ص398

الصيانة، أو إلى قدم في البناء أو عيب فيه، فالمشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي في المادة 1386ق م فرنسي في إقامة المسؤولية على عاتق المالك وخالف المشرع المصري في المادة 1/177 والقوانين العربية[1] التي حذت حذوه في إقامة المسؤولية على عاتق الحارس، فدراسة هذه المسؤولية تقتضي تحديد شروطها وأساسها وكيفية دفع هذه المسؤولية.

أولا: شروط المسؤولية عن هدم البناء: تقوم المسؤولية عن هدم البناء على شرطين هما ملكية البناء وأن يحدث البناء ضررا للغير .

الشرط الأول: ملكية البناء:

جعل القانون الجزائري الشخص المسؤول عما يحدثه هدم البناء من ضرر للغير هو المالك، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي أما التّشريعات العربية أناطت المسؤولية في هذا المقام على الحارس لا على المالك، من هنا يسأل المالك ولو كان البناء بين يدي المستأجر[2]، كما تنهض مسؤولية المالك وقت هدمه، ولو كان البناء تحت حراسة شخص آخر وللمالك الرجوع على من كان البناء تحت حراسته.

وبتطبيق هذا على عقد الإيجار التمويلي يكون للغير الذي لحقه ضرر من هدم العقار المؤجر، فيتحمل المسؤولية المؤجر التمويلي، ذلك بوصفه مالكا لهذا البناء ولا يستطيع المؤجر دفع هذه المسؤولية بإقامة الدليل على نقل حراسة العقار إلى المستأجر المستفيد، ولهذا تعمد شركات التأجير التمويلي للتخلص من تحمل هذه المسؤولية بإدراج شرط في عقودها يقضي بمسؤولية المستأجر المستفيد عن الأضرار التي تنشأ عن التهدم الكلي أو الجزئي للأصل العقاري المؤجر.

الشرط الثاني: هدم البناء:

يشترط لقيام مسؤولية مالك البناء أن يحدث الضرر عن هدم البناء سواء كان التهدم كليا أو جزئيا، وذلك بانفصاله عن الأرض أو سقوط جزء منه، غير أن الحريق لا يعتبر هدما حتى ولو انهدم جزء من البناء نتيجة له وكذلك لو سقط شيء من نافذة مترل على أحد المارة وأصابه بضرر و لم يكن السقوط بسبب الإنهيار[3]، فلا تطبق أحكام المادة 140ق م ج وإنما تطبق أحكام المادة138 ق م ج المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء غير الحية.

ثانيا: أساس هذه المسؤولية:

مسؤولية مالك البناء هي مسؤولية مفترضة، فإذا هدم البناء كليا أو جزئيا فيفترض إذا أحدث التهدم ضررا للغير، أنّ هذا الضرر حدث بسبب تقصير في الصيانة أو قدم في البناء أو بسبب عيب في تشيده، ويدرأ المالك المسؤولية بإثبات أن التهدم لا يعود إلى أحد هذه العيوب الثلاثة فإذا عجز عن إثبات ذلك افترضت مسؤوليته

---

[1] – انظر المادة 178 ق م سوري، المادة 180 ق م ليبي، المواد 228- 230 ق م عراقي.

[2] – نقض مدني فرنس 28 جانفي 1936، دالوز الأسبوعي رقم 148، أشار إليه علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، طبعة ثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، ص182 .

[3] - Voir (N) Terki, les obligations, Alger 1982, N287.

افتراضا لايقبل إثبات العكس ولا يدحضه إلا السبب الأجنبي أو أن ينفي العلاقة السببية بين التهدم والضرر أو أن يقيم المسؤولية العشرية على مقاول البناء[1].

الفقرة الثانية: مسؤولية المستأجر عن حراسة الأشياء:

نص المشرع الجزائري على المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في المادة 138 ويكون حارس الأشياء غير الحية أو الجوامد مسؤولا عن الأضرار التي تحدثها تلك الجوامد، مسؤولية تقوم على خطأ مفترض في الحراسة غير قابل لإثبات العكس، فلا تنتفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، والمشرع الجزائري جعل هذه المسؤولية شاملة لجميع الجمادات المنقولة وغير المنقولة، و لم يقتصر على الآلات الميكانيكية وغيرها من الأشياء الخطيرة والتي تتطلب حراستها عناية خاصة[2]، ولقيام هذه المسؤولية لا بد من شروط وأساس تقوم عليه.

أولا: شروط مسؤولية حارس الأشياء (المؤجر):

تقوم مسؤولية حارس الأشياء المؤجرة على شرطين هما تولي شخص وهو المستأجر التمويلي حراسة هذه الأشياء، والثاني هو إحداث الشيء وهو الأصل المؤجر ضررا للغير.

الشرط الأول: حراسة الشيء: تتطلب دراسة هذا الشرط تحديد مفهوم الحراسة وتحديد الأشياء المقصودة في هذا الخصوص.

1 - المقصود بالحراسة: حارس الشيء هو من كانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، أي من له السلطة الفعلية المستقلة على الشيء، وفي عقد الإيجار التمويلي يكون المستأجر التمويلي هو الذي تكون له هذه الحراسة، لأنه هو الذي تكون السلطة الفعلية في الاستعمال والتسيير والرقابة للأصل المؤجر.

2 - المقصود بالشيء: المقصود بالشيء في نطاق هذه المسؤولية هو كل شيء مادي غير حي[3]، وذلك فيما عدا الحيوانات التي تحكمها المادة 139 من ق م ج. والمباني فيما يتعلق بالأضرار الناشئة عن تهدمها.

إن مدلول لفظ الشيء في هذا المقام يعني كل الأشياء غير الحية باستثناء الحيوانات والبناء، فيعتبر شيئا على سبيل المثال المنقولات كالسيارات،الآلات الميكانيكية، وغيرها من الأشياء، وعليه فإن مفهوم الشيء متوفر في عقد الإيجار التمويلي.

الشرط الثاني: وقوع الضرر بفعل الشيء: يجب لتحقيق مسؤولية حارس الأشياء غير الحية أن يكون الضرر راجعا إلى فعل الشيء، أي أن يتدخل الشيء في إحداث الضرر للغير (Fait de la chose) ، فلا يتصور قيام مسؤولية الحارس عن ضرر كان الشيء على غير صلة به، وهو ما أشارت إليه المادة 138 من ق.م.ج بقولها " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"، وهذا معناه أنه يجب أن يكون الشيء غير الحي الموجود تحت الحراسة هو سبب الضرر للغير، فيجب لأن

---

[1] - انظر المادة 554 ق م ج.

[2] - بلحاج العربي، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية 1998، عدد3، ص646.

[3] – علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص101.

تتوافر علاقة سببية بين الشيء والضرر، فتدخل الشيء في إحداث الضرر ضروري ليكون هذا الضرر راجعا إلى فعله.

ثانيا: أساس مسؤولية حارس الأشياء: اختلف الفقه والقضاء في تحديد هذه المسؤولية[1]_ إن لم يكن هذا بحثنا_ فالبعض أقامها على أساس تحمل التبعة على أساس قاعدة الغرم بالغنم والبعض أقامها على أساس الخطأ لمفترض في جانب حارس الأشياء و الرأي السائد هو أن أساس هذه المسؤولية هو الخطأ في الحراسة، فالخطأ المفترض هو خطأ في الحراسة لا يقبل إثبات العكس.

وبتطبيق هذه القواعد على المستأجر التمويلي باعتبار السيطرة الفعلية له على الأشياء المؤجرة في تسييرها ومراقبتها كالبضائع، الماكينات، الآلات الميكانيكية. فإذا ما أحدثت ضررا للغير فيسأل عن تعويض الضرر الذي لحق هذا الغير، ولقيام مسؤوليته يكفي أن يثبت المضرور أن المستأجر هو الحارس لهذه الأشياء، ولا يمكن للمستأجر نفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ومع هذا نجد في عقود التأجير التمويلي تتضمن شروط صريحة تعفيها من أي مسؤولية ناشئة عن تهدم البناء أو جزء منه[2] ، وتلزم المستفيد بتأمين مسؤوليته المدنية على نفقته الخاصة، في حالة الأضرار الجسدية والمادية التي يسببها العقار أو الأصول المنقولة[3] أو جزء منها لمستخدميه أو للغير.

الفرع الرابع: الإمتناع عن بعض التصرفات المتعلقة بالمأجور

لما كان عقد التأجير من العقود التي تبنى وتؤسس على الإعتبار الشخصي[4]، فإن المؤجر التمويلي لا يتعاقد مع المشروع المستفيد على تمويل مشروعه إلا بعد فحص المستندات والمعلومات والبيانات الخاصة بطبيعة نشاطه وموقفه المالي، حتى تتكون لديه الثقة في قدرته المالية على الوفاء بالتزاماته، ويترتب على ذلك امتناع المشروع المستفيد (المستأجر) عن القيام بالتصرفات التي تتعارض مع الإعتبار الشخصي القائم بينه وبين المؤجر التمويلي ومن هذه التصرفات نقل ملكية الأصل المؤجر أو تغيير مكانه أو التنازل عن العقد إلى مستأجر آخر وسنبحث هذه التصرفات تباعا.

الفقرة الأولى: امتناع المستأجر عن نقل ملكية الأصل المؤجر أو تغيير مكانه:

إن شركة التأجير التمويلي (المؤجر) تظل محتفظة بملكيتها للأصول الإنتاجية محل عقد التأجير التمويلي طول مدة عقد الإيجار، فالمستأجر المستفيد لا يمكنه أن يتصرف في الأصول المؤجرة أو أن يرتب عليها حقا عينيا للغير[5]،

---

[1] – محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، 1988، ص413.

[2] – أنظر المادة 10/ 1 و2 من عقد التمويل بالاعتماد الايجاري لأصول غير منقولة لبنك البركة الجزائري.

[3] – أنظر المادة1/13و2 من عقد تمويل بالإعتماد الإيجاري لأصول منقولة لبنك البركة.

[4] – عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص43.

[5]– فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 209.

ذلك لأن حيازته لتلك الأصول هي حيازة عرضية بصفته مستأجرا لها[1]، ويترتب على ذلك لو أن المستأجر أجرى أي تصرف في هذا المال المؤجر أو رتب عليه حقا عينيا للغير يكون هذا التصرف باطلا، إذ أنه ملتزم بصفته مستأجرا لها بردها في نهاية مدة العقد وإلا اعتبر مبددا ومرتكبا لجنحة خيانة الأمانة المنصوص عليها في المادة 376 وما يليها من قانون العقوبات الجزائري [2].

إنّ التزام المستأجر بالمحافظة على الأصل المؤجر يوجب عليه، عدم نقل الأصل المؤجر إلى مكان ــإذا كان منقولاــ إلى مكان آخر غير المكان المخصص والمبين في عقد الإيجار التمويلي، وذلك لارتباط مكان المنقولات بظروف تشترطها طبيعته، أو طريق استعماله، فغالبا ما ينص في عقود التأجير التمويلي للمنقولات على حفظ هذه المنقولات في ظروف تقنية ملائمة وهذا يستتبع عدم جواز نقل هذه المنقولات إلى مكان آخر لا تتوافر فيه ظروف الحفظ .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يترتب على مخالفة المستأجر لهذا الشرط، أي تغيير مكان المأجور فسخ العقد، إلا إذا نص على هذا الجزاء صراحة في العقد.

الفقرة الثانية: التّنازل عن الإيجار:

طبقا للقواعد العامة في عقد الإيجار المنصوص عليها في المادة 505 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم[3] والمادة 1717 من التقنين المدني الفرنسي وتقابلها المادة 593 من التقنين المدني المصري، أنه لا يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن دون موافقة المؤجر.

أمّا بالنسبة لعقد الإيجار التمويلي ولخصوصيته، فكون المؤجر التمويلي لا يوافق على تمويل مشروع المستفيد إلا بعد فحص الطلب المقدم من هذا الأخير والمستندات المرفقة بهذا الطلب للتأكد من ملائمته وقدرته المالية على الوفاء بالتزاماته وخاصة الإلتزام بدفع الأجرة، ولهذا فالمؤجر التمويلي لا يجيز للمستأجر التنازل عن عقد الإيجار إلا بموافقته[4] حتى لا يجبر على التعامل مع شخص آخر لم يختره و لم تتأكد له قدرته المالية على الوفاء بالأجرة ولهذا نجد عقود التأجير التمويلي تنص صراحة على عدم جواز تنازل المستأجر عن الإيجار إلى الغير أو التأجير من الباطن[5] باعتباره من العقود التي تبنى وتؤسس على الاعتبار الشخصي.

---

[1]- نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص347.

[2]- حول جريمة خيانة الأمانة، راجع محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية 2000، ص161.

[3] - عدلت هذه المادة بالقانون 07-05 واشترطت الموافقة الكتابية في حين أنه قبل هذا التعديل لم يكن هذا الشرط.

[4] - أنظر المادة 39/ 11 و12 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[5]- تنص المادة 14/ 2 من نموذج عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لبنك البركة الجزائري على أنه:" لا يسمح للعميل أن يتصرف في الأصول المنقولة ببيع أو رهن أو إيجار من الباطن أو غير ذلك ولا أن يقوم بتحويل العقد إلى شخص ثالث دون موافقة مكتوبة منن البنك".

الفرع الخامس : الإلتزام برد الأموال المؤجرة

طبقا للقواعد العامة في عقد الإيجار [1] يلتزم المستأجر برد الأموال المؤجرة في عقد الإيجار التمويلي [2] ويعد التزام المستأجر برد الأموال المؤجرة هو أحد الخيارات الثلاثة المتاحة للمستأجر في نهاية مدة عقد الإيجار، يكون المستأجر ملزما بها في حالة عدم استعماله خيار الشراء المقرر له أو خيار تجديد العقد لمدة أخرى [3] .

حيث يرى الفقه أن كل التزام بالرّد أو التسليم هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية لذلك يجب على المستأجر رد الأصل المؤجر ذاته وبشكل كامل مع جميع ملحقاته، وهذا تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بمحل الوفاء التي أشارت إليها المادة 276 من التقنين المدني الجزائري.

وإذا امتنع المستأجر عن رد الأصل المؤجر أو تأخر في رده أو رده منقوصا أو فيه ضرر كان للمؤجر المطالبة بالتعويض وفقا للشروط المتفق عليها في العقد، وتلجأ شركات التأجير التمويلي إلى إدراج شروط تجيز لها الرجوع إلى المورد أو المنتج لفحص وتقييم حالة الآلات والمعدات في حال ردها فإذا لحقها أي تلف كان للمؤجر أن يلجأ للشرط الجزائي لتحديد التعويض [4] .

تعرض المشرع المصري ــ في حين لم ينص المشرع الجزائري عل ذلك ــ لحالة وفاة المستأجر فألزم الورثة بالرد، وكذلك في حالة إفلاس المستأجر فألزم أمين التفليسة أو المصفي بحسب الأحوال رد الأموال المؤجرة.

---

[1] – راجع نص المادة 502 ق م ج.

[2] – راجع نص المادة 36 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري .

[3] – راجع نص المادة 16 من قانون التأجير التمويلي 95-95 المصري.

[4] – فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص231.

المبحث الثاني: انقضاء عقد التأجير التمويلي

لما كان عقد التأجير التمويلي من عقود المدة [1]، فإنه ينقضي بانتهاء المدة المتفق عليها والمحددة في العقد[2]، وبذلك يكون العقد قد انتهى نهاية طبيعية عن طريق التنفيذ، أي بأداء كل طرف من أطراف العقد الإلتزامات المترتبة عليه بموجب هذا العقد[3]، ومن المقرر أن تحديد مدة عقد التأجير التمويلي يتم على ضوء العمر الإقتصادي المفترض للأصل الإنتاجي محل عقد التأجير التمويلي حسب نوع هذا الأصل، لذا نجد المؤجر التمويلي عكس المؤجر العادي لا يحرص على استرداد الأصل المؤجر وإنما يمنح للمستأجر خيارات ثلاث في نهاية تلك المدة كما سيأتي بيانه.

لكن قد ينتهي العقد نتيجة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، وهنا نطبق نظرية الفسخ ولها خصوصية في عقد الإيجار التمويلي، وعليه سنعرض في دراسة انقضاء عقد الإيجار التمويلي في مطلبين، الأول نعرض فيه لانقضاء العقد بانقضاء مدته، والثاني ندرس فيه فسخ عقد التأجير التمويلي وخصوصيته.

المطلب الأول : انتهاء عقد الإيجار التمويلي بانتهاء مدته

نظرا لخصوصية عقد الإيجار التمويلي فإن انقضاء العقد نتيجة انتهاء مدته المحددة في العقد تمنح المستأجر ثلاث خيارات، إذ له شراء الأصل محل عقد الإيجار التمويلي وتملكه أو تجديد العقد لمدة أخرى أو رد الأصل المؤجر وسنعرض لهذه الخيارات بالتفصيل على النحو الآتي.

الفرع الأول: شراء الأصل المؤجر

يعتبر هذا الخيار إحدى الخصائص التي تميز عقد الإيجار التمويلي عن العقود التي قد تشتبه به ويعد هذا الخيار من أكثر الخيارات انتشارا، فغالبا ما يُقدم المشروع المستفيد على شراء الأصل المؤجر لانخفاض قيمته عن القيمة السوقية نظرا لأخذ أقساط الأجرة التي سدّدها طول مدة العقد في الإعتبار عند تقدير الثمن، والتي تكون في الغالب مرتفعة نسبيا عن القيمة الإيجارية في عقد الإيجار العادي، لذا يُقبل المستأجر على اختيار شراء المال المؤجر الذي يتم تنفيذا لوعد منفرد بالبيع من جانب شركة التأجير التمويلي [4] ، إذ تلتزم بمقتضاه هذه الأخيرة ببيع المال المؤجر إلى المستأجر إذا ما أعلن هذا الأخير عن رغبته في الشراء خلال المدة المحددة وبالشروط المعينة في العقد، لكن التساؤل الذي يطرح حول كيفية وإجراءات شراء هذه الأصول المؤجرة ؟

---

[1] – أسامة أبو الحسن مجاهد، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص13.

[2] – محمد بهجت عبد الله قايد، عمليات البنوك والإفلاس، مرجع سابق، ص197.

[3] – حسام الدين عبد الغني الصغير، الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص149.

[4] – المادة 1/95 من القانون95-95 المتعلق بعقد الإيجار التمويلي المصري.

الفقرة الأولى: كيفية شراء الأصول المؤجرة:

لقد منح المشرع الجزائري في الأمر 96-09 للمستأجر الحق في شراء الأصل المؤجر عند انتهاء مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء، وأقر المشرع الفرنسي نفس الخيار في المادة الأولى من القانون رقم 66-455 وكذلك المشرع المصري.

وحتى يتمكن المستأجر من شراء هذا الأصل محل العقد يجب عليه أن يعلن عن رغبته في شراء الأصل المؤجر، إذ يجب على طرفي العقد أن يحددا في العقد الميعاد الذي يجب فيه على المستأجر إبداء رغبته في الشراء إذا ما قرر هذا الأخير إعمال هذا الخيار وفي هذا نصت المادة 1/45 من الأمر 96-09 على أنه" إذا قرر المستأجر حق الخيار بالشراء في التاريخ المتفق عليه عن طريق رسالة مضمونة الوصول موجهة إلى المؤجر خمسة عشرة (15) يوما على الأقل قبل هذا التاريخ يتعين على المتعاقدين الإثبات بعقد ناقل للملكية، يحرر لدى الموثق والقيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بالبيع والإشهار المنصوص عليها في القوانين المعمول بها"

يتضح من نص هذه المادة على أنه يجب أن يتفق المؤجر والمستأجر على مواعيد إعلان الرغبة في شراء الأموال المؤجرة، ويكون هذا الموعد محددا وإذا لم يكن هناك تحديدا لهذا الموعد جاز للمؤجر توجيه إعلان للمستأجر قبل انتهاء مدة العقد كي يحدد هذا الأخير موقفه من الأصل المؤجر إلا أن هذا الإعلان لا يقضي على المستأجر في استعمال حق الشراء مادامت مدة العقد المحددة لم تنتهي بعد، أما الطّريقة التي يتم بها إعلان المستأجر عن رغبته في استعمال خيار الشّراء المقرر له فالمشرع الجزائري حددها في رسالة مضمونة الوصول ترسل إلى المستأجر قبل خمسة عشر (15) يوما من التاريخ المحدد لإعلان الرغبة في الشراء.

الفقرة الثانية: تحديد ثمن الشراء:

غالبا ما يحدد طرفي عقد الإيجار التمويلي في العقد الثمن الذي يلتزم المستأجر بدفعه إلى المؤجر في حالة شرائه للأصول المؤجرة، أو على الأقل يتفق الطرفان على الأسس التي يتم بها تحديد هذا الثمن بواسطة القضاء في حالة اللجوء إليه، أو عن طريق التحكيم لأن هذا التحديد يعتبر وسيلة من وسائل الضمان بالنسبة للمستأجر، لولا هذا التحديد لفرض المؤجر إرادته على المستأجر عند نهاية العقد ويطلب ثمنا مغالا فيه مما يضطر المستأجر إلى عدم إعمال حقه في الشّراء، وهو الذي لجأ إلى هذا النوع من التأمين وتحمل طوال فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء بدلات إيجار مرتفعة على أمل تملك هذه الأموال في نهاية العقد .

وعند تحديد الثمن يجب مراعاة أقساط الأجرة التي أداها المستأجر إلى المؤجر طوال فترة الإيجار، إذ أن القيمة الإيجارية في عقد الإيجار التمويلي تكون مرتفعة نسبيا مقارنة بعقد الإيجار العادي، لأنها ليست مقابل الإنتفاع فقط، وإنما تشمل ثمن شراء الأصل المؤجر خلال الفترة غير القابلة لإلغاء ، وكذلك نفقات إتمام الصفقة وهامش ربح مرض، لذا يُقبل المستأجر على استعمال خيار الشراء لأنه يتم مقابل القيمة المتبقية التي لم تغطها أقساط الأجرة.

لكن غالبا ما يتفق الطرفان على كيفية أداء ثمن شراء الأصل محل عقد الإيجار التمويلي، وفي حالة عدم الإتفاق تطبق القواعد العامة في القانون المدني، إذ يجب دفع الثمن في مكان تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، أما إذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت التسليم وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن.

الفرع الثاني : تجديد عقد الإيجار التمويلي

إذا انتهت مدة عقد الإيجار التمويلي، ولم يرغب المستأجر في شراء الأصل المؤجر، فله أن يختار تجديد عقد الإيجار التمويلي وقد أقر له المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 16 من الأمر96-09 وكذلك المشرع المصري[1] .

ولا يعتبر عقد التجديد امتدادا لعقد الإيجار التمويلي الأول، لذلك لابد من الإتفاق بين المؤجر والمستأجر ومن الأفضل أن يتضمن عقد الإيجار التمويلي الأسس التي يتم بناءا عليها تجديد العقد لما يوفره ذلك من حماية للمستأجر.

هذا وقد اختلف حول تكييف حق المستأجر في طلب تجديد العقد، فالبعض يعتبره أنه وعد بالتجديد صادر من شركة التأجير التمويلي في العقد الأصلي ويؤيد هذا الإتجاه ماجاء في المادة 2/16 من الأمر 96-09 والمادة 5 من قانون 95-95 المصري إذ يتبن من هاتين المادتين أنه في حالة إعمال المستأجر حقه في شراء الأصل المؤجر يمكنه في هذه الحالة رده أو تجديد العقد.

وهناك من رأى أنه لا يمكن تكييفه على أنه وعد بتجديد العقد إلا إذا كان هناك شرط صريح في العقد الأصلي يعطي الحق للمشروع المستفيد بتجديد العقد عند نهاية مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء[2]، فإذا لم يرد هذا الشرط فلا تلتزم المؤسسة المالية المؤجرة بتجديد العقد، ولكن حق التجديد هو إحدى الخيارات الثلاثة التي يتميز بها عقد الإيجار التمويلي وفي حالة حرمان المستأجر من إحدى هذه الخيارات بالشروط المعروفة فإن عقد الإيجار التمويلي يفقد صفته كعقد إيجار تمويلي.

الفقرة الأولى: العقد الجديد أقل وطأةً من العقد الأصلي:

إذا أعمل المستأجر خيار التجديد فإن هذا العقد الجديد يكون أقل حدة من العقد الأصلي، ولاسيما فيما يتعلق ببدلات الإيجار، إذ تكون الأجرة في المدة الثانية أقل بكثير من بدل الإيجار في المدة الأولى، ويبقى المستأجر ملزم بالقيام بالإلتزامات التي كانت على عاتقه في العقد الأصلي، كقيامه بالتأمين على الأصل المؤجر، وكذا التأمين على المسؤولية المدنية للمستأجر، والشرط الجزائي الذي يدرجه المؤجر في العقد لتعويضه في حالة عدم سداد الأجرة أو فسخ العقد بسبب يرجع إلى المستأجر[3] .

---

[1]- تنص المادة 5 من القانون 59-95 المصري بقولها" وفي حال عدم اختيار المستأجر شراء المال المؤجر يكون له إما رده للمؤجر أو تجديده وبالشروط التي يتفق عليها الطرفان".

[2]- حسام الدين عبد الغني الصغير، الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص52.

[3] – انظر المطلب الثاني من هذا المبحث.

أما عن مدة تجديد العقد، فقد تكون مساوية للمدة الأولى أو مختلفة عنها بالزيادة أو النقصان وإذا لم يتضمن العقد مدة محددة فيعتبر العقد لفترة مماثلة للمدة الأولى[1].

الفقرة الثانية: أسباب تخفيف شروط تجديد العقد:

يعمد المؤجر في عقد الإيجار التمويلي في مدته الأولى إلى اتخاذ احتياطاته لاسترداد أكبر قدر مما كلفته عملية التمويل فيضع في حسبانه استرداد ثمن الشراء مضافا إليه كلفة عملية التمويل مع هامش ربح مرض لأنه لا يعلم مسبقا الخيار الذي سيلجأ إليه المستأجر في نهاية مدة العقد، فيتوقع أسوأ الخيارات وهو رد الأصل المؤجر أما إذا اختار شراء الأصل أو تجديد عقد الإيجار، ففي هذه الأحوال سيراعي ذلك عند تقدير ثمن شراء الأصل المؤجر أو الأجرة التي يلتزم بدفعها في عقد تجديد الإيجار التمويلي.

ويجب أن يكون هذا التجديد صريحا، فالتجديد الضمني لا يمكن إعماله لأن شروط العقد ستتغير خاصة فيما يتعلق بدفع بدل الإيجار الذي يكون أقل من البدل في العقد الأصلي.

الفقرة الثالثة :إشهار تجديد عقد التأجير التمويلي :

لما كان عقد الإيجار التمويلي هو عقد استوجب المشرع شهره، فإنه في حالة التجديد لابد من التأشير على هامش القيد الأصلي في سجل قيد عقود التأجير التمويلي[2] الموجود على مستوى ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري، وبهذا التعديل في القيد يكون العقد حجة على الغير، فالتجديد لا يفصل العقد الجديد عن العقد الأصل، لذا لم يشترط المشرع إشهار التجديد بذات إجراءات العقد الأصلي وإنما اكتفى بالتأشير على هذا التعديل الموجود على مستوى ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري في هامش العقد الأصلي .

الفرع الثالث: رد المـــال المؤجر

عند نهاية فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء في عقد الإيجار التمويلي يلتزم المستأجر برد الأصول محل العقد إلى المؤجر إذا لم يعلن عن رغبته في شراء المال المؤجر، فالإلتزام برد الأصول المؤجرة هو التزام معلق على شرط واقف هو عدم رغبة المشروع المستفيد (المستأجر) في إعمال خياره بشراء المال المؤجر، وبالتالي عدم الإستفادة من الوعد بالبيع من جانب المؤسسة المالية (المؤجرة) [3].

إن المستأجر لا يسعى لإعمال هذا الخيار عندما يرى أن هذه الآلات والمعدات والمهمات المؤجرة أصبحت قديمة لا تواكب التطور الصناعي والتكنولوجي فيعمد إلى خيار الرد وإحلال معدات أخرى تتماشى والتطور التكنولوجي والتقنية.

---

[1] – أنظر المادة 44 من الأمر 96-09 المتعلق الإعتماد الإيجاري.

[2] – أنظر المادة 1/5 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 90 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

[3] – الياس ناصيف، عقد الليزنغ، مرجع سابق، ص378.

الفقرة الأولى : إجراءات الـــرّد :

يجب على المستأجر عند انتهاء مدة الإيجار ما لم يقرر حق الخيار بالشّراء في التاريخ المتفق عليه أو عدم تجديد الإيجار، يلتزم برد الأصل المؤجر على حالة اشتغال واستعمال توافق حالة أصل مماثل في عمره الإقتصادي[1] ولهذا نجد شركات التأجير التمويلي تدرج شرط في العقد يلتزم بمقتضاه المستأجر برد الأموال بالحالة المثّبة في محضر التسليم، وقد جرت العادة على إدراج شروط تحكيمية بمقتضاها يجب الرجوع إلى المورد أو المنتج كمحكم وأهل خبرة لتقييم حالة هذه الآلات فإذا ثبت وأن أصابها تلف أو أعطاب يلتزم المستأجر بالتعويض.

الفقرة الثانية : المحكمة المختصة بدعوى الرد:

إنّ الجهة المختصة بدعوى الرّد التي يرفعها المؤجر التمويلي على المستأجر التي يطالبه فيها برد الأصل المؤجر في حالة عدم إعمال الخيارات الأخرى هي محكمة قاضي الأمور المستعجلة بالرغم من عدم توافر شروط الإستعجال[2]، فالتشريعات المقارنة[3] أجازت للمؤجر التمويلي برفع دعواه أمام القاضي الإستعجالي، أمّا المشرع الجزائري فنص على حق المؤجر في اللجوء إلى القضاء المستعجل لمطالبة المستأجر بإخلاء المكان الذي يشغله في إطار الإيجار التمويلي للأصول غير المنقولة فقط[4] دون الأصول المنقولة.

وتجد شركات التأجير التمويلي ضمانا آخر في القانون الجنائي إذ يتعرض المستأجر في حالة امتناعه عن رد الأشياء المؤجرة عند نهاية مدة العقد إلى عقوبة جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها في المادة 375 من قانون العقوبات الجزائري، رغم أن القانون الجنائي لم يشر إلى أن عقد الإيجار التمويلي من ضمن العقود التي تطبق بمناسبتها عقوبة خيانة الأمانة ، إلا أن الرأي مستقر على حق المؤجر التمويلي في رفع دعوى جريمة خيانة الأمة لأن عقد الإيجار التمويلي هو عقد إيجار.

الفقرة الثالثة: إلغاء القيد من سجل قيد العقود لدى ملحقات المركز الوطني للسجل التجاري:

إذا لم يستعمل المستأجر الخيارات المتاحة له في نهاية مدة العقد سواء بالشراء أو بالتجديد، فإنه يرد الأصل المؤجر وفي هذه الحالة يجب إلغاء القيد من سجل القيد الموجود على مستوى ملحقات المركز الوطني للسجل التجاري، ويتم إلغاء القيد عن طريق طلب يتقدم به ذوي الشأن إلى مأموري المركز الوطني للسجل التجاري، والجدير بالذكر أن الشطب من السجل يتم في حالات محددة منها[5] :

- بناءا على إثبات اتفاق الطرفين المؤجر التمويلي والمستأجر.
- بموجب حكم أو قرار حاز لقوة الشيء المقضي فيه.
- بانقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد.

---

[1] – أنظر المادة36 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[2] – حول شروط الإستعجال في الدعاوى انظر محمد براهيمي، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية2007 ، ص91.

[3] – أنظر المادة 20 من القانون 95-95 المصري التعلق الإيجار التمويلي .

[4] – أنظر المادة 44 من الأمر 96-09 السالف الذكر.

[5] – أنظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-90 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

- حالة إعمال المستأجر لخيار الشراء في التاريخ المحدد ة المتفق عليه.

المطلب الثاني: فسخ عقد التأجير التمويلي

إن عقد التأجير التمويلي يعد من العقود الملزمة لجانبين، فهو يرتب التزامات في ذمة كل طرف من أطرافه، ويترتب على ذلك أنه في حالة إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته فيحق للطرف الآخر فسخ العقد طبقا للقواعد العامة، لهذا يجب التطرق لمفهوم الفسخ وأنواعه وشروطه بغية إسقاطه على عقد الإيجار التمويلي.

الفسخ[1] هو نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية، وهو يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته، أو هو حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه أن يطلب حل الرابطة العقدية وزوال أثرها بأثر رجعي[2]، ويجب لقيام الحق في الفسخ وفقا للمادة 1/119 ق م الجزائري توافر ثلاث شروط وهي:

- أن يكون العقد ملزما لجانبين.
- أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه.
- ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزاماته.

والفسخ قد يكون قضائيا فيتقرر بحكم القضاء، وحكم القاضي يكون منشئا له لا كاشفا عنه وقد يكون الفسخ إتفاقيا ونصت عليه المادة 120ق م ج، ما يستنتج أن نص المادة 119 ق م ليست من النظام العام فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على الفسخ عند عدم الوفاء بالالتزام ويعطي المتعاقدين لهذا الاتفاق للإخلال بالإلتزام وصف الشرط الفاسخ، حيث يقع الفسخ بمجرد تحقق هذا الشرط، فيتجنب المتعاقدين به تدخل القاضي في تقرير الفسخ وإعمال سلطته التقديرية وإذا رفع الأمر للقضاء فحكم القاضي كاشف للفسخ لا منشئا له[3].

أما الفسخ لعدم إمكان التنفيذ أو ما أصطلح عليه بالإنفساخ الذي نصت عليه المادة 121 من ق م ج، فهو انحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعا لانقضاء الإلتزام لسبب أجنبي فإذا استحال تنفيذ العقد يؤدي إلى انقضاء الإلتزام الذي يؤدي بدوره إلى انفساخ العقد بقوة القانون، ويقصد بالإستحالة تلك الإستحالة المطلقة فلا يمكن توقعها ولا مقاومتها كهلاك الأصل المؤجر بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ[4].

وبعد هذا التقديم للفسخ طبقا لقواعد العامة، فإن عقد التأجير التمويلي تطبق عليه هذه القواعد العامة ولكن يتميز الفسخ في هذا العقد بخصوصية عالجها المشرع الفرنسي والمصري في حين نجد المشرع الجزائري لم يتناولها ولهذا سنتناول الفسخ في عقد الإيجار التمويلي بالتعرض لخصوصية الفسخ في عقد الإيجار التمويلي (فرع أول) وأثار هذا الفسخ (فرع ثان).

---

[1]- نص المشرع الجزائري في المواد 19- 123 على الفسخ والإنفساخ والدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان انحلال العقد.

[2]- بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب 1986، ص125.

[3]- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، مرجع سابق، ص314.

[4]- بخصوص الإستحالة المطلقة والجزئية راجع أنور سلطان، مرجع سابق، ص269.

الفرع الأول : خصوصية الفسخ في عقد الإيجار التمويلي

يخضع عقد التأجير التمويلي في فسخه إلى القواعد العامة من حيث عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزامه، يكون للطرف الآخر فسخ هذا العقد، كما ينفسخ في حالة استحالة تنفيذه بسبب أجنبي ونظرا لخصوصية عقد التأجير التمويلي وقيامه على الإعتبار الشخصي فهناك أسباب عندما تؤدي إلى انهيار هذا الإعتبار الشخصي يفسخ العقد لأن عقد الإيجار التمويلي من عقود الإئتمان فتقوم على الثقة والأمانة، وشخصية طالب الإئتمان تكون محل اعتبار لمانح الإئتمان المؤجر التمويلي، وهذا ما سنتناوله في حالات فسخ عقد الإيجار التمويلي وانفساخه في حالة هلاكه.

الفقرة الأولى : حالات الفسخ القانوني لعقد الإيجار التمويلي :

هذه الحالات نظمتها التشريعات المقارنة في قوانينها المنظمة لعقد التأجير التمويلي كالمشرع المصري والمشرع الأردني[1] في حين نجد أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه الحالات التي تعطي للمؤجر الحق في طلب الفسخ دون حاجة إلى إعذار أو إجراءات قضائية[2] وربما حسنا ما فعل المشرع الجزائري في عدم تنظيم هذه الحالات لأن هذه الشروط المدرجة في عقود التأجير التمويلي ماهي إلا ترديد للقواعد العامة في تطبيق قواعد الفسخ الإتفاقي التي تجيز الإتفاق على اعتبار العقد مفسوخا دون حاجة إلى حكم قضائي ولا إعذار ومهما يكن لابد من دراسة هذه الحالات التي تؤدي لطلب فسخ عقد الإيجار التمويلي.

الحالة الأولى: عدم أداء المشروع المستفيد الأجرة المتفق عليها:

إنّ دفع الأجرة من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق المستأجر، ويجب عليه أداؤها في مواعيدها المستحقة، فإذا أخل المستأجر بالتزامه فيكون للمؤجر التمويلي إيقاع الجزاء القانوني بحقه ألا وهو فسخ عقد التأجير التمويلي طبقا لنص المادة 1/19 من القانون المصري والمادة 1/17 من القانون الأردني وما يستقى من نص المادة 20 من الأمر 96-09 من القانون الجزائري.

إن فسخ العقد في هذه الحالة يتم من قبل المؤجر نفسه، دون حاجة إلى إعذار أو اللجوء إلى القضاء وهذا يتفق مع القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 120 ق م ج، إلا أنه يمكن لأي من طرفي العقد اللجوء إلى القضاء في حال الخلاف بينهما على وجود هذه الحالة وجدير بالذكر أن حكم القضاء في هذه الحالة يكون مقررا ليس منشئا للفسخ ويكون للمؤجر فسخ العقد دون إعذار ولكن هذا ليس من النظام العام، فيمكن أن يكون حق الفسخ مرتبطا بإعذار المستأجر ومنحه مدة لدفع بدل الإيجار وهذه المدة حددها المشرع الجزائري بخمسة عشر يوما طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 20 الأمر 96-09 من قانون الإعتماد الإيجاري، وفي القانون المصري حددت هذه المدة بثلاثين يوما من تاريخ الإعذار وما جرى عليه العمل في فرنسا بثمانية أيام[3] .

---

[1] - نص المشرع المصري على هذه الحالات في المادة 19 من القانون رقم 95لسنة 95 والمعدلة بالقانون رقم 16 لسنة 2001.
ونص المشرع الأردني على هذه الحالات في المادة 17 من قانون التأجير الأردني رق16 لسنة 2002.

[2] - انظر المادة 120 ق م ج التي نص على الفسخ الإتفاقي.

[3] - هاني محمد دويدار، النظام القانوني لعقد التأجير التمويلي، مرجع سابق ، ص482.

تكمن أهمية هذه المهلة أن من شأنها إعطاء المستأجر فرصة تجنب فسخ العقد بمجرد توقفه عن دفع الأجرة وهي كنظرة الميسرة[1] بالنسبة للمدين فإذا انتهت هذه المدة فالعقد ينفسخ.

وما تجدر الإشارة إليه أن اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الإيجار التمويلي[2] بيّنت أنه في حالة عدم سداد الأجرة من المستأجر، فنجدها أخذت بمعيار العجز الجوهري أو العجز الحقيقي عن الدفع، والعجز الجوهري عن الدفع هو الذي من شأنه أن ينبئ عن سوء حالة المستأجر المالية وزعزعة إئتمانه، فإذا كان التوقف عن الدفع راجعا إلى صعوبات عابرة ألمت به فلا يكون المستأجر في حالة عجز حقيقي، فالتوقف عن الدفع يستوجب عنصرين، الأول التوقف عن الدفع والثاني لابد أن يكون ناشئا عن فقدان التاجر لإئمانه وعجزه عن الإستمرار في ممارسة نشاطه التجاري، لذا إذا توقف المستأجر عن دفع قسط واحد من أقساط الأجرة لا يعد عجزا حقيقيا يبرر للمؤجر طلب فسخ العقد[3] .

الحالة الثانية: شهر إفلاس المستأجر أو إعلان إفلاسه:

لاشك أن أبلغ المظاهر على إعسار المستفيد (المستأجر) وعجزه عن مواجهة الأعباء المالية الناشئة عن عقد الإيجار التمويلي يكون في حالة شهر إفلاسه، لذلك تدرج شركات التأجير التمويلي في عقود التأجير التمويلي الشرط الفاسخ الصريح في حالة إفلاس المستأجر، ولذا نجد التشريعات المقارنة كالتشريع المصري والتشريع الأردني قد نصا على اعتبار العقد مفسوخا في حالة شهر إفلاس المستأجر أو إعساره، وعليه يترتب على إشهار إفلاس المستأجر التاجر أو إعلان إعسار المستأجر غير التاجر فسخ العقد وعلة اعتبار الإفلاس أو الإعسار سببا لفسخ عقد الإيجار التمويلي هو أن هذا لأخير يقوم على الإعتبار الشخصي .

ومفهوم الإعتبار الشخصي للمستأجر في مجال العقود أن مقومات المتعاقد الشخصية من حيث الكفاءة والخلق والإئتمان تلعب دورا جوهريا في نشأة الرابطة العقدية وتنفيذها.

إن مشارطة الإعتبار الشخصي للمستأجر شرط ابتداء وانتهاء[4] فشركة التأجير لا تقبل منح إئتمانها (التمويل) للمستأجر إلا من بعد التحقق من توافر مجموعة من الضوابط التي تؤكد وتضمن لها قدرة المستأجر على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، ووفاء المستأجر المفلس بالتزاماته التعاقدية يكاد يكون معدوما لأن الحكم بشهر الإفلاس يغل يد المستأجر المفلس عن إدارة أمواله[5].

إنّ الإفلاس طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سداد ديونه في ميعادها نتيجة اضطراب أعماله المالية وبعد صدور حكم شهر الإفلاس تغل يد المدين عن إدارة أمواله أو التصرف فيها وتسليمها

---

[1] - حول نظرة الميسرة انظر المادة 2/119 و المادة 2/281 ق م ج .

[2]- صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص243.

[3]- مصطفى كمال طه، القانون التجاري والأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، بيروت 1989، ص359.

[4]- محمد فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعية، طبعة 2000 ، ص326. وعبد العزيز نادر شافي، عقد الليزنغ، مرجع سابق، ص322.

[5] - انظر المادة 244 ق ت ج.

لوكيل التفليسة ولا يستطيع المفلس المضي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ يحق للمتعاقد معه (المؤجر) الدفع بعدم التنفيذ[1].

حيث يراعى في هذا الصدد أن الأموال التي تحت يد المستأجر بمناسبة عقد التأجير التمويلي هي أموال مملوكة للمؤجر وبالتالي فهي تخرج من تفليسة المدين المستأجر لأنها تبقى مملوكة للمؤجر [2]، ويختلف نظام الإفلاس الخاص بطائفة التجار عن نظام الإعسار الخاص بغير التجار الذي يشترط للحجز على أمواله أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء[3].

والسؤال الذي يطرح ما هو أثر الفسخ على وكيل التفليسة، وهل يستطيع وكيل التفليسة تجنب الفسخ بدفع الأجرة، أو تقديم ضمان كاف للوفاء بالأجرة المتبقية؟

طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 298 ق ت ج، أنه يجوز للمتصرف القضائي الإستمرار في الإيجار بشرط أن يدفع الأجرة عن المدة المتبقية.

أمّا في عقد الإيجار التمويلي فلا يوجد ما ينظم هذا الوضع، وعليه يجب تطبيق القواعد العامة، وهذا على خلاف المشرع المصري الذي عالج هذا الوضع[4]، فإذا ما ارتأى الوكيل المتصرف القضائي أن من مصلحة جماعة دائني المستأجر المفلس الإستمرار في العقد كان له ذلك وعندئذ يستمر العقد كما كان مع المشروع المستفيد المفلس ويلتزم الوكيل المتصرف القضائي بجميع ما يرتبه العقد من آثار وخاصة أداء القيمة الإيجارية في مواعيدها.

ثالثا: تصفية المستأجر إذا كان شخصا معنويا:

التصفية هي عبارة عن مجموعة من الأعمال التي يقوم بها شخص يدعى المصفي بهدف إنهاء العمليات الجارية للشركة وتحصيل حقوقها وتسديد ديونها لتحديد صافي موجوداتها وتوزيعها على الشركاء بطريق القسمة[5].

والأصل أن التصفية تتم طبقا لما تم الإتفاق عليه في عقد تأسيس الشركة وفي حالة عدم الإتفاق على ذلك تطبق القواعد المنصوص عليها في المواد 765 وما بعدها من القانون التجاري والمواد 443 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، ويتم تعيين المصفي طبقا لمادة 782 من القانون التجاري ويتولى هذا الأخير القيام بجميع الأعمال اللازمة لتصفية الشركة من تحصيل الحقوق وسداد الديون لاستخراج الصافي من أموالها لقسمته على الشركاء[6] .

---

[1] – سميحة القليوبي ، الموجز في أحكام الإفلاس ، دار النهضة العربية 2003 ، ص5.

و علي حسن يونس، الإفلاس، دار الفكر العربي 1959، ص3 وما بعدها

وانظر كذالك راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2005، ص270.

[2] – أنظر المادة 22 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[3]– عرف البعض الإعسار بـــأنه حالة المدين الذي تزيد ديونه عن حقوقه محمود جمال الدين زكي، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري ، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، دون دار النشر، طبعة 1967، ص91 .

[4] تنص المادة 2/19 من قانون 95-95 المتعلق بالإيجار التمويلي المصري على أنه" يجوز لأمين التفليسة أن يخطر المؤجر بكتاب مسجل خلال ثلاثين يوما من تاريخ الحكم الصادر بشهر الإفلاس برغبته في استمرار العقد وفي هذه الحالة يستمر العقد قائما بشرط أداء القيمة الإيجارية في مواعيدها".

[5]– فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع1999، ص58.

[6] – محمد الكيلاني، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى 2004، ص236.

إنّ الشّركة تحتفظ بشخصيتها المعنوية إلى أن يتحدد الصافي من أموالها بعد تحصيل حقوقها وتسديد ديونها، ويترتب على احتفاظها بشخصّيتها القانونية، استمرار المصفي في تنفيذ العقود التي يلزم استمرارها لتصفية أعمالها ومنها عقد الإيجار التمويلي ولما كان هذا الأخير من العقود التي تبنى على الإعتبار الشخصي فإن وجود المصفي قد يتعارض مع هذا الإعتبار بالنسبة للمؤجر التمويلي، لذا وبالعودة للأمر 96-09[1] الذي نص على إمكانية تضمن عقد الإيجار التمويلي شرط خاص يخول لأحد طرفي العقد طلب فسخ العقد، إذا كان الطرف الآخر شخصا معنويا في حالة تصفية[2].

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على حق المصفي في طلب استمرار عقد الإيجار التمويلي خلال فترة التصفية، إلا أنه من الناحية العملية نجد بعض عقود الإيجار التمويلي تعمل بهذا الشرط حيث يسمح للمصفي في طلب الإستمرار في تنفيذ العقد[3]، أما المشرع المصري قرر فسخ عقد الإيجار التمويلي إذا كان المستأجر شخصا معنويا في حالة تصفية دون إعذرا مسبق أو اتخاذ إجراءات قضائية[4] وما يؤخذ على المشرع المصري والجزائري في أنهما لم ينصا على استمرار المصفي في تنفيذ عقد الإيجار التمويلي.

وما يؤخذ كذلك على المشرع الجزائري والمصري في أنهما لم ينصا على حالة تصفية المؤجر أو شهر إفلاسه وهذا على خلاف المشرع الأردني الذي نص على هذه الحالة في المادة 16 من عقد الإيجار التمويلي الأردني[5]، وطبقا له يكون للمستأجر الإستمرار في تنفيذ العقد وفق شروطه، أو أن يسلم الأصل المؤجر لمصفي أو وكيل التفليسة ويدخل مع باقي الدائنين في تحصيل المبالغ التي قام بدفعها للمؤجر بعد خصم أجرة المثل عن المدة التي انتفع بها بالأصل المؤجر، ولكن في رأينا أن المستأجر له أن يستمر في تنفيذ العقد لأن شخصية المؤجر ليست محل اعتبار بالنسبة له.

رابعا: وفاة المستأجر أو الشريك المتضامن في شركة الأشخاص المستأجرة:

ينفسخ عقد التأجير التمويلي بوفاة المستأجر أو الشريك المتضامن في شركة الأشخاص المستأجرة، وهذا يمثل خروجا على مبدأ انتقال العقد إلى الورثة [6] وعلة ذلك أن عقد الإيجار التمويلي ينعقد بالنظر للإعتبار الشخصي للمستأجر ومن ثم يكون من المنطقي أن ينتهي العقد الذي روعي اعتباره الشخصي في انعقاد العقد.

والحكم هذا ينسحب على الشريك المتضامن في الشركة أو استقالته من الإدارة أو تم فصله بموجب حكم قضائي لوحدة العلة مع حالة وفاة المستأجر.

---

[1]- أنظر المادة 13 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

[2] – تنص لمادة 2/14 من عقد تمويل بالإعتماد الإيجاري كما يمارسه بنك البركة الجزائري على أنه:" يفسخ العقد ..... في حالة وقوع المستأجر في توقف عن الدفع وكذا حالة التسوية القضائية أو تصفية للممتلكات أو توقف للنشاط ".

[3] – المادة 8 من عقد الإيجار التمويلي كما يمارسه بنك NATAXIS ALGERIE.

[4] – تنص المادة 3/19 من القانون رقم 95 لسنة 95 بقولها " يعد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار أو اتخاذ إجراءات قضائية في حالة اتخاذ إجراءات التصفية قبل المستأجر إذا كان شخصا اعتباريا".

[5]– محمد عايد الشوابكه، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دون بلد نشر، دار الثقافة 2011 ، ص216.

[6] – أنظر المادة 469 مكرر2 ق م ج .

أما بالنسبة للشخص المعنوي المتمثل في شركة الأشخاص وخاصة شركة التضامن[1] فإن وفاة أحد الشركاء يترتب عليه انتهاء الشركة لأنها تقوم على الإعتبار الشخصي أي الثقة المتبادلة بين الشركاء، وهذا الشرط شرط ابتداء وبقاء في نفس الوقت[2] وبالتالي فإن عقد الإيجار يعتبر مفسوخا لزوال الإعتبار الشخصي بموت الشريك المتضامن.

الفقرة الثانية: انفساخ عقد التأجير التمويلي:

إذا استحال تنفيذ الإلتزام، وكانت هذه الإستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن هذا الإلتزام ينقضي باستحالة تنفيذه، ويترتب على انقضائه انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون وفي هذ تنص المادة 121 ق م بقولها "في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزام بسب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد بحكم القانون".

طبقا للقواعد العامة في الإيجار[3] يترتب على الهلاك الكلي للعين المؤجرة فسخ العقد بحكم القانون، ويتحمل المؤجر تبعة الهلاك باعتباره مدينا بالتزامه بضمان وجود العين المؤجرة للمستأجر وتمكينه من الإنتفاع بها، أما وقد هلكت العين المؤجرة فيستحيل عليه في هذه الحالة تنفيذ التزامه وبالتالي تنقضي الإلتزامات المقابلة وينفسخ العقد بقوة القانون لاستحالة التنفيذ.

أمّا بالنسبة لعقد الإيجار التمويلي نجد أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه الحالة إنما ترك الأمر للقواعد العامة، أما المشرع المصري فنظم حالة انفساخ العقد بقوة القانون[4]، واعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون إذا هلك المال المؤجر أيا كان سبب هذا الهلاك سواء أكان راجعا إلى قوة قاهرة أو خطأ المؤجر أو خطأ الغير[5].

وجدير بالذكر أنه في حالة لجوء الأطراف إلى القضاء فإن حكم القضاء في هذه الحالة يكون مقررا لا منشئا[6] منشئا[6] إذ أن الفسخ يتم بقوة القانون من يوم الهلاك ويترتب على الإنفساخ انقضاء الرابطة العقدية بين الطرفين، أما إذا كان الهلاك الذي لحق بالمال المؤجر هلاكا جزئيا لا يؤثر في وجود الأصل المؤجر فإن عقد الإيجار التمويلي لا ينفسخ ويلتزم المستأجر بإصلاحه لأنه من الإلتزامات التي تقع على عاتق المستأجر وتدخل في الإلتزام بالصيانة[7]. بالصيانة[7].

أمّا بالنسبة لتبعة الهلاك فإن المؤجر هو الذي يتحمل تبعة الهلاك بشرط أن لا يكون الهلاك لسبب لا دخل للمستأجر فيه، طبقا للقواعد العامة، فمن المقرر أن عقد التأجير التمويلي من العقود الملزمة لجانبين التي تقع تبعة الهلاك فيها على عاتق المدين بالإلتزام وهو المؤجر التمويلي باعتبار أنه ملزم بضمان وجود المال المؤجر وتمكين

---

[1] – نص المشرع الجزائري على أحكام شركة التضامن من المادة 551 إلى 563 من القانون التجاري.

[2] – يوسف فتيحة، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، دون تاريخ نشر، ص 100.

[3]– أنظر المادة 481 ق م ج المعدل والمتمم.

[4]– المادة 21 من القانون 95 لسنة 95 المصري المنظم لعقد الإيجار التمويلي.

[5]– أنظر المادة 127 ق م ج التي تنص على حالات السبب الأجنبي.

[6]– عبد الرحمان السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص147.

[7] – أنظر المادة 7/39 من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري.

المستأجر من الإنتفاع به على الوجه الذي تم الإتفاق عليه، وإذا هلك المال المؤجر هلاكا كليا انقضى العقد لاستحالة التنفيذ، أي الفسخ بقوة القانون ولكن نظرا لأن القواعد التي تحكم تبعة الهلاك هي قواعد مكملة فيجوز الإتفاق على ما يخالفها كما أن إلزام المستأجر بالتأمين على الأصل المؤجر، فإن أقساط التأمين يستفيد منها المؤجر التمويلي في حالة هلاكه.

الفرع الثاني : آثار فسخ عقد التأجير التمويلي

طبقا للقواعد العامة تنص المادة 122 ق م ج على أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

يتضح من نص هذه المادة أن الأثر المترتب على الفسخ سواء كان قضائيا أو اتفاقيا أو انفساخا بقوة القانون[1]، ومؤدى ذلك التزام كل طرف من طرفي العقد أن يرد للطرف الآخر ما حصل عليه بموجب هذا العقد، لأن هذا العقد ينحل ويعتبر كأن لم يكن سواء بالنسبة لطرفي العقد أو بالنسة للغير كما هو الحال في الإبطال، ويحتج به في مواجهة الكافة .

لكن هذا الأثر وإن كان يمكن تطبيقه بالنسبة للعقود الفورية كعقد البيع، إذ يرد المشتري الشيء المبيع ويرد له البائع الثمن، إلا أن هذا الأثر يصعب تطبيقه على العقود المستمرة كعقد الإيجار، لأن الزمن يمثل عنصرا جوهريا فيه لأن العقود المستمرة أو عقود المدة يصعب تطبيق الأثر الرجعي المترتب على الفسخ عليها لذا لا يرتب الفسخ أثره بالنسبة لتلك العقود إلا من وقت الحكم به في حالة الفسخ الإتفاقي أو من وقت تحق سبب الفسخ في الحالات التي ينفسخ فيها العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار أو اتخاذ إجراءات قضائية، ففترة العقد السابقة قبل الفسخ لا يرد عليها أثر الفسخ، فيحتفظ المؤجر بما حصل عليه من أجر خلال المدة السابقة على الفسخ[2].

أما بالنسبة لعقد الإيجار التمويلي فلم يرد لا في القانون الجزائري ولا المصري لآثار فسخ عقد التأجير التمويلي، لذا يرجع إلى القواعد العامة المتعلقة بهذا الأثر، وسنعرض فيما يلي للتعويض عن الفسخ وحق المستأجر في الرجوع المباشر على المورد أو المقاول من خلال الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: التعويض عن الفسخ:

تتضمن عقود التأجير التمويلي في كثير منها على شروط تضمن قيمة الخسائر التي قد تتعرض لها جراء فسخ العقد وذلك من خلال إدراج شرط جزائي، وتكمن أهمية هذا الشرط في عقود التأجير التمويلي تجسيدا للدور الإقتصادي لهذا العقد [3]، حيث أن الشركات في تعاملها بعمليات التأجير التمويلي تتعرض لمخاطر جدية تكبدها

---

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع عل الملكية، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، ص826.

[2]– عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، ديوان المطبوعات الجامعية، الأسكندرية 1993، ص547.

[3] – الياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن في عقد الليزنغ، سلسلة أبحاث قانونية، الجزء الأول، بيروت 1991، ص153.

نفقات باهظة في حالة عدم تنفيذ العقد بصورة كاملة، لذا كانت أهمية وجود الشرط الجزائي الذي يجنبها هذه الخسائر لو أقدم المستأجر على فسخ العقد، ولأهمية هذا الشرط وعدم تنظيمه في قوانين التأجير التمويلي فلابد من معالجته وفقا للقواعد العامة وفي التشريعات المقارنة.

أولا: الشرط الجزائي في القانون الجزائري:

طبقا للقواعد المنصوص عليها في المادة 183 ق م ج المقابلة للمادة 223 من القانون المدني المصري، أنه يجوز لطرفي العقد الاتفاق مقدما على قيمة التعويض، ويتم إدراج هذا الاتفاق في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق بشرط أن يتم الإتفاق قبل الفسخ حتى لا يعتبر صلحا، والأصل أن الشرط الجزائي يطبق بصدد المسؤولية العقدية.

أمّا بالنسبة لعقد التأجير التمويلي المنظم من طرف المشرع الجزائري أو المصري لا توجد ثمة إشارة للشرط الجزائي سواء بالحظر أو الإباحة، لذا تطبق القواعد العامة التي تجيز الاتفاق على التعويض، وبالتالي إذا ورد هذا الشرط في العقد كان صحيحا وطبقت عليه القواعد العامة في القانون المدني باعتباره تعويضا اتفاقيا طبقا للمادة 183من ق م ج والمادة 223 من ق م م.

ويتميز القانون الجزائري والمصري عن القانون الفرنسي الذي كان لا يجيز للقضاء تعديل الشرط الجزائي طبقا للمادة 1152 من التقنين المدني الفرنسي قبل تعديل 9 يوليو 1973 بمنح القاضي سلطة تقديرية في تطبيق الشرط الجزائي وهذه السلطة الممنوحة للقاضي من النظام العام، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على حرمانه منها باتفاق خاص، فكل اتفاق على ذلك يعد باطلا، فالقاضي له أن يعدل الشرط الجزاء بالتخفيض إذا أثبت المشروع المستفيد أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة[1] أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، والقاضي له سلطة التعديل في الشرط الجزائي بالزيادة إذا جاوز الضرر قيمة التعويض أو إذا أثبت المؤجر التمويلي أن المستأجر ارتكب غشا أو خطأ جسيما[2]، أو عدم استحقاقه في حالة إثبات المستأجر أن المؤجر التمويلي لم يلحقه ضررا من فسخ عقد التأجير التمويلي[3]، وهذا كله حتى يستطيع القاضي إعادة التوازن للعلاقة العقدية[4].

ثانيا: الشرط الجزائي في القانون الفرنسي:

منذ فجر التأجير التمويلي في فرنسا تواجه جميع عقود التأجير التمويلي سواء تلك الواردة على منقولات أو على عقارات احتمال فسخ العقد، وذلك عن طريق إلزام المستفيد بدفع تعويض عن الفسخ يتحدد قدره بشرط جزائي صريح يتضمنه العقد، ويرد الشّرط الجزائي ضمن الشروط العامة المطبوعة لعقود التأجير التمويلي، مما يدل على نمطية هذه الشروط و وروده دائما في تلك العقود.

وجدير بالإشارة إلى أن ممارسة شركات التأجير التمويلي في شأن التعويض عن الفسخ نشأت في وقت كان يعمل في فرنسا بمبدأ عدم جواز نقض الشرط الجزائي، ومؤداه استحقاق التعويض المتفق عليه بغض النظر عما إذا

---

[1] – أنظر المادة 2/184 ق.م.ج.

[2] – أنظر المادة 185 ق.م.ج.

[3] – أنظر المادة 1/124 ق.م.ج.

[4] – فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص326.

كان قد لحق ضرر بسبب عدم تنفيذ التزام المدين ودون أن يكون للقاضي تعديل قدر التعويض الإتفاقي سواء بالزيادة أو النقصان، وفي عام 1975 تدخل المشرع الفرنسي وأجاز للقاضي التدخل بتعديل الشرط الجزاء، وذلك لمواجهة الممارسات البغيضة لعقود التأجير التمويلي وعقود البيع بالتقسيط على وجه الخصوص.

ويتحدد التعويض الإتفاقي (الشرط الجزاء) عن الفسخ على أساس أقساط الأجرة المتبقية، أي تلك التي كان من المقرر دفعها لولا فسخ العقد، ولا يستحق التعويض الإتفاقي إلا في حالة فسخ عقد التأجير التمويلي بسبب إخلال المستفيد بأحد التزاماته العقدية، أما إذا كان الفسخ مقررا بسبب وقوع ما يدل على تفاقم مخاطر إعسار المستفيد كزوال الاعتبار الشخصي، ولا يلتزم المستفيد (المستأجر) بدفع التعويض عن الفسخ لعدم ارتكابه أي خطأ، وبالتالي لا يمكن إثارة مسؤوليته العقدية[1].

ثالثا: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون الفرنسي:

ثار جدل بين القضاء والفقه حول سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وإنقاصه حتى يصير ملائما للأضرار الفعلية التي تلحق بشركة التأجير التمويلي بسبب فسخ العقد، حيث أن القضاء في فرنسا اتجه إلى تطبيق مبدأ عدم جواز تعديل الشرط الجزائي تطبيقا صارما، وذلك قبل تعديل المادة 1155 من التقنين المدني لعام 1975، حيث استند البعض إلى طبيعة الإذعان في عقد التأجير التمويلي لمطالبة القضاء بخفض التعويض الإتفاقي، بينما استند البعض الآخر إلى المادة 1231من التقنين المدني التي تجيز للقاضي خفض التعويض الإتفاقي بالنظر إلى ما تم تنفيذه من الإلتزام الأصلي بصفة جزئية.

أ – الإذعــان: ينقسم الفقه الفرنسي فيما بينه حول تكييف عقد التأجير التمويلي بأنه عقد إذعان، وعقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه أحد المتعاقدين بالشروط المقررة التي يضعها الطرف الآخر ولا يسمح المناقشة فيها ويتعلق بسلع ومرافق ضرورية تكون محل احتكار فعلي أو قانوني[2].

حيث يستند أنصار الإذعان في عقد التأجير التمويلي لما يشهده العمل في تقديم شركات التأجير التمويلي نماذج العقود التي تنفرد بطبع شروطها العامة إلى عملائها، ما كان ليقبلها المستفيد إذا تقررت سلطة المساومة عليها أهمها الشروط الخاصة بالفسخ وما يقترن بها من شرط جزائي وشروط الإعفاء من الضمان والشروط الخاصة بتحمل تبعة الهلاك ويشير البعض إلى حاجة المستفيد الملحة إلى التمويل وخضوعه للشروط التي تفرضه عليه شركة التأجير التمويلي تحقيقا لمصالحها مما يعد تفاوت في القوة الإقتصادية بين الشركة والمستفيد.

لكن على النقيض من ذلك يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي غياب طابع الإذعان في عقد التأجير التمويلي، ذلك أنه لا يمكن القول بسلب حرية المستفيد عن المشاركة في تحديد المضمون الإتفاقي للعقد وهو الذي يختار الأصل ويحدد أوصافه ومصدر الحصول عليه بكامل حريته ودون تدخل من الشركة الممولة[3] ، ويضاف إلى ذلك

---

[1] – CARBONNIER, op.cit, p315.

[2] – لعشب محفوظ بن حامد، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1998، ص80.

[3]- BEY, De la symbiotique, op.cit, p83.

أن كثيرا من شروط العقد يكون محلا للمساومة الحقيقية مثل الإتفاق على الأصل محل الإيجار وبالتالي تحديد قيمة التمويل والإتفاق على معدلات أقساط الأجرة، وبالتالي لا يأتي انفرادها بتحديد جانب من شروط العقد إلا تعبيرا عن ضرورة تحقيق التوازن الإقتصادي والقانوني بين أداءات الطرفين.

ودون الدخول في مناقشة تفصيلية للاتجاهين المتقدمين، نشير إلى أن عقد الإذعان في عقد الإيجار التمويلي هو ذلك العقد الذي تنتهي فيه المساومة على شروطه أو بعبارة أخرى هو الذي يتسم بغياب التفاوض حول مضمونه الإتفاقي [1] ويجد الإذعان مصدره في الغالب في تفاوت القوة الإقتصادية لطرفي العقد وأحيانا في تفاوت الخبرة والدراية الفنية بينهما، ومما يزيد من حدة الإذعان لجوء الطرف المذعن في الغالب إلى التعاقد تحت تأثير حاجة ملحة في الحصول على السلعة أو الخدمة محل العقد [2] .

ب – تنفيذ إلتزام المستفيد تنفيذا جزئيا:

لقد استقر القضاء في فرنسا على عدم جواز تعديل الشرط الجزائي قبل تعديل المادة 1152، وإزاء عدم فلاح تلك الإدعاءات التي دارت حول إضفاء قدر من المرونة على هذه المادة الأخيرة، بقي السبيل أمامهم في تطبيق المادة 1231من التقنين المدني الفرنسي لوضع حد للآثار الوخيمة المترتبة على تطبيق الشرط الجزائي بمضمونه المطلق.

وتقضي المادة المشار إليها بأنه يجوز للقاضي تعديل الشرط الجزائي إذا نفذ الإلتزام الأصلي في جزء منه، وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية منذ زمن بعيد على أن تنفيذ الإلتزام القابل للإنقسام تنفيذا جزئيا هو الذي يبرر إعمال المادة 1131 ؛ على اعتبار أن تخفيض التعويض الإتفاقي إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الإلتزام الأصلي فيه احترام لإرادة الطرفين لما ينتج عن التنفيذ الجزئي من نفع للدائن.

وتطبيقا لذلك في مجال عقد التأجير التمويلي ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن أطراف العقد واجها في حقيقة الأمر فرض التنفيذ الجزئي لإلتزام المستفيد الأصلي بدفع أجرة التأجير التمويلي، فالتعويض الإتفاقي يتحدد دائما بما يتبقى من أقساط الأجرة أو بنسبة محددة منها، مما يترتب عليه تحديد التعويض على ضوء ما تم الوفاء به من أقساط الأجرة إلى أن تقرر فسخ عقد التأجير التمويلي.

ومن جانب آخر تبلورت نظرية عدم قابلية إلتزام المستفيد بدفع الأجرة للإنقسام على يد المختار بيه [3]، واستبعد بناءا عليها تطبيق المادة 1231 من التقنين المدني الفرنسي التي لا تنطبق إلا بصدد الإلتزامات التي تقبل الإنقسام، وانتهى إلى أن الإلتزامات في عقد الإيجار التمويلي لا تقبل الإنقسام وبالتالي لا تنطبق عليها المادة 1231، بينما انتقدها البعض استنادا إلى قابلية الإلتزامات العقدية إذا كان العقد يرتب أداءات متبادلة ومتعاقبة التنفيذ من

---

[1] - MAZEAUD et CHABAS, Leçons de Droit civil, op.cit, p 68.

[2] - BERLIOZ, le contrat d'adhésion, LDJ, Paris1976, p21.

[3] - يعتبر المختار بيه مدير الشؤون القانونية لأقدم وأكبر شركات التأجير التمويلي في فرنسا وهي شركة لوكافرانس، فكرس كتاباته الهائلة كما وكيفا، للدفاع عن مصالح مؤسسات التأجير التمويلي، ليس فقط في مواجهة الطرف المتعاقد الآخر أي المستفيد وإنما في مواجهة السلطات العامة فيما تسنه من أحكام خاصة بالتأجير التمويلي، وقد كان لتلك الكتابات أثرها البالغ في توجيه القضاء الفرنسي، خاصة أن المختار بيه لا تعوزه الأسلحة العلمية في بناء نظرياته، فيعتبر الخبير الأول في شؤون التأجير التمويلي في فرنسا فلا مؤتمر هام أو ندوة علمية حول هذا الموضوع إلا وتجد المختار بيه على قائمة الدعويين والمشاركة. أشار إليه هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مرجع سابق، ص27.

جانب، لأن المختار به يخلط بين عدم قابلية العقد للإنفسام وعدم قابلية الإلتزام للإنقسام، لكن التزام المستفيد بدفع الأجرة يكون بطبيعته قابلا للإنقسام.

الفقرة الثانية: أثر فسخ العقد المبرم بين المؤجر والمورد أو المقاول بالنسبة للمستأجر:

يعد عقد الإيجار التمويلي من الناحية القانونية عقد ثنائي الأطراف يتمثل طرفاه في شركة التأجير التمويلي (المؤجر) والمشروع المستفيد (المستأجر)، لكن من الناحية الواقعية قد يشهد تنفيذ هذا العقد تدخل طرف ثالث هو المورد أو المقاول، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يجعل لوجود المورد ضرورة حتمية لوجود عقد التأجير التمويلي للمنقولات[1]، كما لم يجعل لوجود المقاول ضرورة حتمية كذلك لوجود عقد التأجير التمويلي للعقارات[2] ، وهذا يتفق مع ما أخذ به المشرع المصري، أمّا المشرع الفرنسي، اشترط سبق شراء معدات الإنتاج أو أدوات العمل بالنسبة للتأجير التمويلي للمنقولات، كما نص كذلك على سبق شراء العقارات أو بنائها لحساب المشروع المستفيد بالنسبة للتأجير التمويلي للعقارات، فالمشرع الفرنسي اشترط وجود المورد أو المقاول لنكون أمام عقد تأجير تمويلي للمنقولات أو العقارات[3] ، ولكن عمليا يقتضي تنفيذ عقد الإيجار التمويلي تدخل كل من المورد أو المقاول مع المستأجر أو المؤجر بسلسلة من العقود تشكل مرحلة تمهيدية لهذا العقد، فمثلا يسبق عقد التأجير، عقد البيع أو المقاولة، غير أنه بانتهاء المرحلة التمهيدية وما يرافقها من تصرفات وعقود يبرم عقد التأجير التمويلي بين المؤجر والمستأجر .

يتبين من خلال ما سبق أن هناك علاقتان قانونيتان، الأولى علاقة مابين المؤجر والمرد أو المقاول، والثانية هي علاقة التأجير التمويلي التي تربط المؤجر بالمستأجر، ويبدو واضحا مدى استقلال العلاقتين عن بعضهما البعض، ولكن مع هذا فإن هناك ارتباطا وثيقا بينهما فتتأثر العلاقة الأولى بالثانية من حيث وجود الثانية أو عدمها، فهي تدور معها وجودا وعدما .

هذا من ناحية أمّا من ناحية أخرى قد تتأثر العلاقتان من النّاحية القانونية في حالة ما إذا اعترى علاقة المؤجر بالمورد أو المقاول عارض من العوارض كأن يحكم ببطلان أو فسخ العقد (البيع أو المقاولة)، حيث أن القواعد العامة في البطلان تقضي بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وبالتالي زوال كل أثر للعقد، ويتعين على كل متعاقد أن يرد ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضاه[4] .

الأمر الذي يثير التساؤل في هذا الصدد عن مدى أثر زوال هذا العقد المبرم بين المؤجر والمقاول على العلاقة الثانية القائمة بين المؤجر والمستأجر ؟

بمعنى هل يترتب على ذلك إعادة الأموال المؤجرة إلى المورد أو المقاول الأمر الذي يؤدي إلى انهيار أعمال المستأجر وفشلها ؟ أم ينبغي أن يأخذ المشرع في اعتباره الخلفية الإقتصادية لإبرام عقد التأجير التمويلي وظهور

[1]- راجع نص المادة السابعة من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري .

[2]- راجع نص الثامنة من الأمر 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري .

[3] - نصت على هذا المادة الأولى من القانون رقم 66-455 المتعلق بالإيجار التمويلي الفرنسي.

[4] - انظر نص المادة 103 ق م ج .

المورد أو المقاول بدور بارز في سبيل وجود هذا العقد ومن ثم يقدر مصلحة المستأجر فلا يجعل بطلان العقد أو فسخه أثرا على العقد الذي يربط المؤجر بالمستأجر ألا وهو عقد الإيجار التمويلي .

هذه التساؤلات كانت محلا للنقاش من قبل الفقه والقضاء الفرنسيين فانقسمت فيما بينها إلى إتجاهات لتبرير موقفها.

الفقرة الثالثة: الإتجاهات الفقهية والقضائية في فرنسا حول أثر العقد المبرم بين المؤجر والمورد أو المقاول على عقد الإيجار التمويلي

انقسمت الاتجاهات الفقهية في فرنسا إلى فريقين، فريق رأى زوال عقد التأجير التمويلي، والفريق الآخر نادى ببقاء عقد التأجير التمويلي، بمعنى أن الفريق الأول رأى تأثر عقد التأجير التمويلي بزوال العقد المبرم بين المورد والمقاول. أما الفريق الثاني رأى عدم تأثر عقد التأجير التمويلي بزوال العقد المبرم بين المورد أو المقاول.

أولاً: زوال عقد التأجير التمويلي جراء زوال العقد المبرم بين المؤجر و المستأجر:

اتفق أصحاب هذا الاتجاه على مبدأ زوال عقد التأجير التمويلي جراء زوال العقد المبرم بين المؤجر والمورد أو المقاول، إلا أنهم اختلفوا في التسبيب، فمنهم من رأى بزوال العقد بسبب بطلان عقد الشراء، ومنهم من رأى أن العقد يفسخ بسبب زوال العقد الأول.

أ- بطلان عقد التأجير التمويلي:

استند هذا الرأي إلى نظرية السبب سواء أكانت بمعناها التقليدي كسبب للالتزام أو بمعناها الواسع في المجال العقدي، فالسبب بالمعنى التقليدي واحد لا يتغير بالنسبة لكل طائفة، ففي العقود الملزمة للجانبين يكون التزام كل طرف في العقد هو التزام المتعاقد الآخر، لذا فإن عقد التأجير يخضع لهذا الحكم. فسبب التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة يتمثل في التزام المؤجر بأن يضع تحت تصرفه الأموال المؤجرة لينتفع بها خلال فترة الإيجار، أما التزام المؤجر فيجد سببه في التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة خلال هذه الفترة.

وبموجب هذا الرأي فإن زوال العقد المبرم بين المؤجر والمورد أو المقاول وما له من أثر رجعي فإنه يؤدي إلى انتفاء سبب التزام المستأجر بدفع الأجرة، وبالتالي بطلان عقد التأجير التمويلي تطبيقا للقواعد العامة التي بمقتضاها يكون العقد باطلا إذا لم يكن له سبب.

لكن يبدو تأثر الدائرة المدنية بفرنسا بهذا الاتجاه واضحا حيث نقضت المحكمة القرار الصادر من محكمة الاستئناف والذي يقضي بالإبقاء على عقد التأجير التمويلي رغم فسخ عقد الشراء، إذ قررت " إن فسخ عقد الشراء يترتب عليه انتفاء السبب بالنسبة لعقد التأجير التمويلي، ومن ثم فإنه لا يوجد مسوغ لالتزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة"[1].

---

[1] - Cassation civil, 3/3/1982. Bull.Civ1982, p84. هذا الحكم أشار إليه صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص273.

لكن هذا الرأي يبدو أنه غير مستقيم قانونا، لأن أقساط الأجرة لا تكون فقط مقابل الانتفاع بالمأجور، وإنما تكون مقابلا لإمكانية تملك هذه الأموال في نهاية العقد، لذلك سبب التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة لا يتمثل فقط في التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالأموال المؤجرة، بل يتمثل كذلك في التزام المؤجر ببيع هذه الأموال إلى المستأجر في نهاية العقد إذا أعلن هذا الأخير رغبته في الشراء.

أما السبب في معناه الواسع في مجال المجموعات العقدية فإن الأستاذة (Suchutz) تقول:" إن هذه العقود تهدف جميعا إلى تحقيق غاية أو هدف واحد، مما يستلزم معه تحديد الغرض من إبرام كل عقد منها في إطار هذه الغاية أو الهدف، إذ إن العقود داخل هذه المجموعة تتفاعل ويترابط بعضها مع البعض الآخر ترابطا وثيقا، بحيث يكون كل عقد سببا للآخر، وعليه فإن الارتباط الاقتصادي بين عقد الائتمان والتأجير وعقد الشراء، يؤدي بالضرورة إلى زوال عقد الائتمان التأجيري لانعدام سببه".

ب- فسخ عقد التأجير التمويلي:

استند جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى نص المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقرر أنه يجوز لكل طرف في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته التعاقدية ، وعقد الإيجار التمويلي باعتباره عقدا ملزما للجانبين فإنه يخضع للحكم ذاته.

فعند زوال عقد الشراء وإعادة الأموال المؤجرة إلى البائع فإن المؤجر لا يمكنه عندئذ تنفيذ التزامه في مواجهة المستأجر، مما يؤدي بالنتيجة إلى فسخ العقد الذي يكون له أثر رجعي إلى يوم انعقاده مما يثور تساؤل حول تطبيق هذه القاعدة على عقد التأجير التمويلي ، بمعنى هل تزول جميع آثار هذا العقد منذ لحظة إبرامه نتيجة لزوال عقد الشراء ؟

كقاعدة عامة فإن للفسخ أثر رجعي في العقود الفورية وليس له هذا الأثر في العقود المستمرة، إذ يقتصر أثر الفسخ فيها على المستقبل فقط لأن ما ينفذ منها لا يمكن إرجاعه.

وعقد التأجير التمويلي باعتباره أحد العقود المستمرة التنفيذ فإن الفسخ فيه لا ينسحب أثره إلى الماضي بل يحدث بالنسبة للمستقبل فقط لأن من آثار الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وهذا لا يمكن تحقيقه في العقود المستمرة التنفيذ لأن الزمن استغرق المقابل الذي ينشأ عن العقد، وعليه فإنه لا يمكن إرجاع المنفعة التي تحققت للمستأجر مقابل بدل الإيجار وإن كان يمكن استرداد قيمتها .

ثانيًا : بقاء عقد التأجير التمويلي

أمّا الاتجاه الثاني والذي تبناه الفقيه الفرنسيBRNNEAU يرى أن عقد التأجير التمويلي لا يتأثر بزوال العقد المبرم بين المؤجر والمورد أو المقاول، واستند في تبرير رأيه على الشروط التي تدرجها شركات التأجير التمويلي، إذ بمقتضاها يلتزم المستأجر بعدم الرجوع على المؤجر، حيث أن هذا الأخير ينقل بموجب هذا الشرط حقوقه جميعها المقررة له تجاه البائع إلى المستأجر، فإن زوال عقد الشراء لا يفقد التزام المستأجر من سبب ما، ما دام هذا الأخير مستمرا للإستفادة من نقل مقاضاة البائع لمصلحته مقابل تنازله عن الرجوع ضد المؤجر .

في حين ذهب اتجاه آخر لتبرير بقاء عقد التأجير التمويلي مستندا إلى فكرة التحليل الإقتصادي للعقد، باعتباره عملية إئتمان تسمح للمؤجر بتمويل المستأجر للأموال محل العقد لتمكينه من ممارسة نشاطه الإنتاجي، وبموجب هذا الرأي يعتبر عقد التأجير التمويلي بمثابة قرض بضمان، حيث يلعب المؤجر دور المقرض، وما احتفاظه بملكية هذه الأموال المؤجرة إلا على سبيل الضمان، وعليه فإن هناك سبب لإلتزام المستأجر بدفع الأقساط جراء تنفيذ المؤجر لإلتزامه المتمثل بالتمويل[1].

هذا ونجد أن المشرع الجزائري لم يتعرض لأثر العقد المبرم بين المؤجر والمورد أو المقاول على عقد التأجير التمويلي، وبهذا الموقف فإن ما أثير من مسائل اختلف فيها الفقه الفرنسي، قد تثار بمناسبة فسخ العقد المبرم بين المؤجر والمورد أو المقاول، وحسنا ما فعل المشرع المصري حينما فصل في هذه المسألة[2] حيث لم يرتب على بطلان أو فسخ عقد العقد المبرم بين المؤجر والمورد أو المقاول أثر على العقد المبرم بين المؤجر التمويلي والمستأجر، فلم يربط بين مصير العقدين ببعضهما البعض.

[1] - صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص 275.

[2] - نصت المادة 1/22 من قانون الإيجار التمويلي المصري بقولها:" لا يترتب على الحكم ببطلان أو بفسخ العقد المبرم بين المورد أو المقاول وبين المؤجر أثر على العقود المبرمة بين المؤجر والمستأجر".

خلاصة الفصل

تناولنا في هذا الفصل موضوعين فالأول تعرضنا فيه للالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين، وانتهينا إلى نتيجة وهي عدم توازن الأداءات في هذا العقد، وأن المستأجر هو طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية لابد من الإنتصار له، وذلك بتدخل القاضي بتعديل هذا العقد بما يحقق التوازن والعدالة التي يستوجبها تنفيذ العقود، ويظهر عدم التوازن في عقد الإيجار التمويلي من خلال الإلتزامات التي يتحملها المستأجر الذي هو في حاجة لتمويل، فالمستأجر يئن تحت وطأة ارتفاع بدلات الإيجار بما لا يتناسب مع الاستمتاع بالأصل محل الإيجار التمويلي، كما يتحمل عبء الإصلاحات الكبرى والصغرى للأصل المؤجر وهذا خلافا للقواعد العامة التي تجعل الإصلاحات الضرورية على عاتق المؤجر، كما يتحمل المستأجر مخاطر فقدان الأصل المؤجر، ويظهر اللاتوازن العقدي في إعفاء المؤجر من أي ضمان وهذا يخالف القوانين الحديثة المتعلقة بحماية المستهلك والتي تجعل شرط الإعفاء شرط باطل مخلف للنظام العام ويثيره القاضي من تلقاء نفسه.

أما الخاصية الإنفرادية للشرط الفاسخ وغياب الشرط الفاسخ بخطأ من المؤجر التمويلي وطابع المبالغة في الشرط الفاسخ فهذه تؤدي إلى عدم توازن عقد الإيجار التمويلي، ويرجع عدم التوازان إلى الطبيعة الإذعانية لهذا العقد الذي عادة ما يكون مطبوع وفق نماذج انفرد المؤجر التمويلي بوضعها، و ما على المستأجر إلا أن يقبل بها جملة أو يدعها فالمؤجر لا يقبل المناقشة فيها .

إنّ الأمر الذي حاولنا تفصيله هو الأساس القانوني لرجوع المستأجر على المورد أو المقاول حيث برر الفقه الفرنسي عدة أسس من الوكالة، لحوالة الحق، للإشتراط لمصلحة ولغيرها من الأسس التي سبق دراستها وهذا راجع لعدم تنظيم المشرعين الجزائري والفرنسي للأساس القانوني لهذا الرجوع، خلاف المشرع المصري الذي أعطى للمستأجر دعوى مباشرة في رجوع المستأجر على المورد أو المقاول بحسب الحالة وحسن ما فعل هذا الأخير، حتى يجنب عناء الأراء الفقهية المتقدمة.

أمّا بالنسبة لانقضاء عقد التأجير التمويلي، فتبين لنا أن هذا الأخير لا يشذ فيما يتعلق بأسباب انقضائه عما تقرر في القواعد العامة، لذا ينقضي هذا العقد نهايته الطبيعية بنهاية المدة المتفق عليها، وأهم ما يميز هذه الجزئية أن عقد التأجير التمويلي يتميز عند هذه النهاية بوجود الخيار الثلاثي الذي يتميز به هذا العقد عن العقود أخر قد تتشابه معه، وقد ينتهي عقد التأجير التمويلي نهاية غير طبيعية، إذا ألم به عار ض يؤدي إلى انتهائه قبل مدته وهو ما يسمى بالفسخ، وفي هذه الحالة نميز ما بين ما يسمى بالفسخ القانوني وهو إعمال الشرط الصريح الفاسخ الذي يتضمنه عقد الإيجار التمويلي، والذي يتم في حالتين إما إخلال المستفيد بأحد التزاماته العقدية، أو إذا وجدت مخاطر تنم عن إعساره وعجزه عن الوفاء بالتزاماته المالية الناشئة عن العقد، وغالبا ما تتضمن عقود التأجير التمويلي لمواجهة هذه الحالة شرطا جزائيا يكون بمثابة التعويض عن الفسخ، وهنا قد أثير التساؤل حول دور القاضي في مواجهة هذا النوع من الشروط الجزائية على التفصيل الذي عرضناه.

الخاتمــــة

الخاتمة

عقد الإيجار التمويلي من العقود التي استحدثها الواقع التجاري المتطور لتمويل المشاريع وتوسيع إمكاناتها ومساعدتها على مسايرة التقدم التكنولوجي الذي يتميز به هذا العصر، فيلعب دورا كبيرا في تمويل الاستثمارات الإنتاجية، ومساعدة المشروعات الصغيرة والمتوسطة استخدام التقنية الجديدة لزيادة الإنتاج ورفع من جودة المنتوج، وقدرته على المنافسة في ظل عولمة اقتصادية واقتصاد يقوم على المنافسة في الإنتاج .

وقد ظهر هذا النوع من العقود في البداية في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انتشر في معظم الدول الأوربية، انتشارا واسعا مستجيبا لمتطلبات الحياة الاقتصادية والتجارية المتميزة حاليا بتوسيع نشاطها، وأمام حركة التشريعات نجد المشرع الجزائري لم ينأ بنفسه عن تنظيم هذا العقد، فنظمه بموجب الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري وأصدر المراسيم التنفيذية لكيفية إنشاء شركات الاعتماد الإيجاري، كما أوجب شهر عقود الإيجار التمويلي للمنقولات.

ومن دراسة هذا العقد من خلال هذا البحث نجد أن هذا العقد يتميز بتشابك العلاقات القانونية الناشئة عنه، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الأسس القانونية التي يخضع لها، فمن حيث الأشخاص لا يقتصر عددهم على طرفي العقد، بل يتعداه لأشخاص آخرين، لاسيما البائع أو المورد أو المقاول وشركات الضمان وسواها ، ومن حيث الأسس القانونية لا يقوم على أساس واحد أو مبدأ واحد، بل يشمل ضمن إطاره عقودا متعددة تتداخل فيما بينها لتكون عقد الإيجار التمويلي ومن هذه القوالب القانونية ، عقود الإيجار والبيع والوكالة والوعد بالبيع والوعد بالإيجار.

ومن خلال دراسة هذا البحث يمكن أن نخلص إلى بعض النتائج التالية:

– التأجير التمويلي وسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية، عن طريق الحصول على ماتحتاج إليه من معدات إنتاجية حديثة أو أصول عقارية دون أن تضطر إلى دفع ثمنها في الحال فهو بديل عن الشراء .

– عقد التأجير التمويلي عقد ثنائي الأطراف في تكوينه ولكن تنفيذه يقتضي تدخل أشخاص آخرين كالمورد للمعدات والتجهيزات، أو المقاول الذي يقوم ببناء الأصول العقارية .

– عقد الإيجار التمويلي ذو طبيعة خاصة، ومن أوجه هذه الخصوصية الخيار الثلاثي الذي يتمتع به المستأجر في نهاية مدة العقد، وهي شراء الأصل بموجب وعد منفرد بالبيع من قبل المؤجر التمويلي بثمن يراعي في تقديره سلسلة المدفوعات النقدية (الأجرة) التي أداها المؤجر طوال مدة العقد أو تجديد العقد لمدة أخرى بقيمة إيجاريه أقل من سابقتها ؛ أو رد المال المؤجر ويتفق القانون الجزائري مع القانون الفرنسي والمصري في منح المستأجر خيار الشراء.

– تعتبر الملكية في عقد الإيجار التمويلي كوسيلة للضمان، حيث تسمح للمؤجر التمويلي بالاحتفاظ بالملكية طوال مدة العقد، ومن نتائج احتفاظ المؤجر بملكيته للأصل محل العقد هو إمكانية استرداده في حالة إفلاس أو إعسار

المستأجر وبالتالي عدم تعرضه لمزاحمة باقي الدائنين بخصوص هذا الشيء ؛ لأنه لا يعتبر عنصرا من عناصر الضمان العام، ولكن بشرط أن يتم شهره.

– اتفق المشرع الجزائري مع المشرع الفرنسي في قصر التأجير التمويلي على الأغراض الإنتاجية فقط واستبعاد الأغراض الاستهلاكية وهذا تشجيعا منه على الإنتاج والنهوض بالاقتصاد الوطني.

– عقد التأجير التمويلي عقد محدد المدة لا يجوز إلغاؤه قبل انقضاء مدته إلا باتفاق الطرفين، حتى تسمح بتغطية ثمن شراء الأصل المؤجر وهامش ربح معين والفوائد والمصاريف، كما أن الأجرة تكون مرتفعة نسبيا عن الأجرة في عقد الإيجار وفقا للقواعد العامة، لأن الأجرة لا تمثل مقابل الانتفاع فقط وإنما يدخل في تقديرها ثمن الشراء والتكاليف والمصاريف مضافا إليها تحقيق ربح معين .

– ما يميز عقد الإيجار التمويلي فيما يتعلق بأهلية المستأجر، لابد لهذا الأخير من أهلية التصرف عكس الإيجار العادي الذي يكتفي بأهلية الإدارة، لأن المستأجر له في نهاية مدة العقد مكنة شراء الأصل المؤجر وهذا يستوجب أهلية التصرف .

– ما يتميز به عقد الإيجار التمويلي للمنقولات نجد المشرع الجزائري أخضعه للإشهار في سجل ممسوك على مستوى ملحقات المركز الوطني للسجل التجاري، حيث يتم قيد هذه العقود وما يطرأ عليها من تعديل وشطب هذا القيد إذا توافرت حالات الشطب وهذا يعتبر استثناءا من القواعد العمة للإيجار، وعن طريق الإشهار يتحقق ضمان لحماية الغير من الوضع الظاهر، إذ يمكن للغير الإطلاع على هذا السجل لمعرفة كل ما يتعلق بالأصل المنقول محل عقد الإيجار التمويلي وهذا أسوة بتسجيل السفينة وقيد جميع التصرفات التي ترد عليها .

– والأمر الذي يمكن استجلاؤه من هذا البحث هو عدم توازن الأداءات بين أطراف العملية وبالخصوص بين المؤجر التمويلي والمستأجر، فغالبا ما يكون هذا الأخير الطرف هو الضعيف في العقد ويتحمل كل مخاطره، في حين نجد المؤجر التمويلي لا يزال بمنأى عن كل ضرر، وينعم بثمار القوالب القانونية التي صبت فيها العملية بشكل يخدم أمنه على حساب المستأجر، وهذا للرد على المزايا التي يحاول رجال المال والاقتصاد، وللأسف حتى رجال القانون الذين يكونون مستشارين لمؤسسات تمارس هذا النشاط.

بالرغم من أن عملية التأجير التمويلي قد تبدو محملة بالمزايا والفوائد لمن يلجأ إليها كوسيلة لتمويل مشاريعه إلا أن عدم توازن العلاقات التعاقدية تبدو جلية ؛ واختلال التوازن يظهر من خلال ارتفاع بدلات الإيجار التي لا تتناسب مع الاستمتاع بالأصل محل العقد، وتحمل المستأجر لعبء الإصلاحات الكبرى والصغرى، وهذا خلاف القواعد العامة التي يتحمل فيها المؤجر الإصلاحات الضرورية، كما أن المستأجر يتحمل مخاطر فقد الأصل وهلاكه وهذا خلافا للقواعد العامة التي تؤدي في هذه الحالة إلى انقضاء الالتزام في حالة هلاك الأصل المؤجر بفعل القوة القاهرة.

إن عدم التوازن يظهر من خلال إعفاء المؤجر من أي ضمان، وكذلك الخاصية الانفرادية للشرط الفاسخ وغياب الشرط الفاسخ بخطأ من المؤجر في عقد الإيجار التمويلي، كما أن هناك مبالغة في تحديد التعويض من

خلال الشرط الجزائي المدرج في العقد، وعدم التوازن هذا أفرزته القواعد المكملة لعقد الإيجار التمويلي التي استغلها المؤجر التمويلي بصفته الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية .

- طابع الإذعان في عقد الإيجار التمويلي واضح وجلي لأن هذه العقود غالبا ما تكون مطبوعة لدى الشركات التي تمارس هذا النشاط، فالمستأجر الذي يرغب في تمويل استثماراته بهذه الصيغة فإنه يبرم عقد الإيجار التمويلي ، فلا يمكن له مناقشة شروط هذا العقد فله أن يأخذها جملة أو أن يدعها جملة دون مساومة أو أخذ وعطاء وهذا فيه عنت وإذعان للطرف الآخر أي المستأجر .

- لم ينظم المشرع الجزائري حق الرجوع للمستأجر على البائع والمورد بدعوى مباشرة، وهذا بخلاف المشرع المصري الذي أعطى للمستأجر حق الرجوع المباشر على البائع أو المورد بحسب الحالة، لأنه بهذا النص يكون قد حسم الخلافات الفقهية السابقة التي أثارها أساس رجوع المستأجر على البائع أو المورد، كالحلول والإنابة والاشتراط لمصلحة الغير والوكالة.

التوصيات

ما يمكن اقتراحه من توصيات بالنسبة للتنظيم التشريعي لعقد الإيجار التمويلي و للمتعاملين الاقتصاديين مايلي:

- يجب على المشرع الجزائري أن يتدخل لإعادة تنظيم هذا العقد بما يتفق وتوازن العقد، ولا يترك الأمر للطابع المكمل لنصوصه القانونية التي يستغلها المؤجر من أجل تحقيق مصالحه وإملاء شروطه على المستأجر.

- تدخل القاضي لمكافحة الشروط التعسفية فيه، وخاصة الشرط الجزائي المتعلق بالتعويض في حالة فسخ العقد وذلك بالحد من هذه الشروط إما بإلغائها أو تعديل هذه الشروط بما يوجبه تنفيذ العقود بحسن نية.

- لابد أن يضيف المشرع نص قانونيا يحدد من خلاله حق المستأجر في الرجوع على المورد أو المقاول بدعوى مباشرة تغنيه عناء الخلافات الفقهية التي أثيرت حول أساس الرجوع.

- تسريع وتيرة الإصلاح البنكي، على اعتبار هذه الأخيرة هي الأكثر نشاطا في هذا المجال، وإعطاء حرية أكثر للبنوك في مجال التعامل بالبدائل والصيغ التمويلية الحديثة بدل الاكتفاء بالقروض الربوية التي ربما يعزف عنها المتعاملين وهذا للجانب التحريمي فيها بالإضافة إلى انتشار الصيغ التمويلية الإسلامية والدور الذي أصبحت تلعبه الصيرفة الإسلامية .

- يجب الإعلام بهذه العقود الحديثة والإشهار لها عن طريق إقامة الملتقيات والأيام الدراسية في الجامعات بحضور رجال الأعمال والمتخصصين القانونيين والمؤسسات المالية والتي من شأنها جذب العملاء لتمويل استثماراتهم عن طريق هذه الصيغة.

تم بحمد الله تعالى وتوفيقه

الملاحق

عقد تمويل بالاعتماد الايجاري على أصول منقولة

الشروط العامة

بين :

1- **بنك البركة الجزائري** شركة مساهمة رأسمالها 10.000.000.000دج خاضعة لأحكام القانون رقم 03-11 المؤرخ في 2003.08.26 المتعلق بالنقد و القرض مقيدة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 00/ ب / 0014294 ، الكائن مقره الاجتماعي بحي بوثلجة هويدف فيلا رقم 1 بن عكنون الجزائر، ينوب عنه في الإمضاء على هذا العقد **السيد** .... بصفته مدير وكالة ....

ويشار إليه فيما يلي البنك

2 - **و الشركة المسماة** " .... " المقيدة بالسجل التجاري لولاية ....رقم .... و الكائن مقرها الاجتماعي ب.......... ، و ينوب عنها في الإمضاء **السيد** .... بصفته ....

ويشار إليه فيما يلي المستأجر

<u>تمهيد :</u>

بالإشارة إلى :

- أحكام القانون الأساسي للبنك المتعلقة بالتزامه بالتعامل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية السمحة.
- الشروط المصرفية العامة المعمول بها ببنك البركة الجزائري .
- اتفاقية الحساب الجاري المبرمة بين بنك البركة الجزائري و المستأجر عند فتح الحساب و التي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد .

حيث إن المستأجر طلب من البنك شراء الأصول المنقولة الموصوفة في المادة 2 أدناه على أن يستأجرها من البنك على سبيل الاعتماد الايجاري بمفهوم الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 1996/01/10.

حيث أن البنك اشترى الأصول المنقولة بناء على طلب المستأجر ولغرض تأجيرها له على سبيل الاعتماد الايجاري.

حيث أن البنك وكل المستأجر بموجب التوكيل المرفق بهذا العقد الذي يعتبر جزءا لا يتجزأ منه بمهمة إختيار المورد و التفاوض معه و تقرير مواصفات وكميات و خصائص وثمن شراء العتاد المراد إستئجاره وتوقيع العقد التجاري المتعلق بذلك وتسلم الأصول المنقولة نيابة عن البنك .

حيث أن الطرفين يتمتعان بالأهلية القانونية و الشرعية الخالية من أي عيب لإبرام هذا العقد.

حيث أن الطرفين راضيان ،

فقد اتفقا على ما يلي:

<u>المادة الأولى : الموضوع</u>

بطلب من المستأجر يلتزم البنك بموجب هذا العقد بتأجير الأصول المنقولة المذكورة أدناه للمستأجر الذي قبل بذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا العقد على سبيل الاعتماد الايجاري على أصول منقولة .

<u>المادة الثانية : تعيين الأصول المنقولة</u>

الأصول المنقولة موضوع هذا العقد هي معينة في الفاتورة المرفقة بهذا العقد و التي تعد جزءا لا يتجزأ منه .

<u>المادة الثالثة: مدة الإيجار غير القابلة للإلغاء</u>

حددت مدة الإيجار بــ .... شهر، تسري إبتداءا من تاريخ ....

في حالة تسلم الأصول المنقولة قبل هذا التاريخ فإن أحكام هذا العقد يبدأ سريانها إبتداءا من التاريخ الفعلي لتسلم الأصولة المنقولة ويستحق البنك مقابل إنتفاع المستأجر بالأصول المنقولة بدل ايجار على أساس مدة الانتفاع قبل تاريخ سريان هذا العقد.
و تسرى ابتداء من هذا التاريخ و خلال كل مدة الايجار كافة حقوق وواجبات البنك و المستأجر المترتبة بموجب هذا العقد و تصبح نافذة قانونا.

المادة الرابعة : تسليم الأصول المنقولة

يتم تسلم الأصول المنقولة بموجب محضر تسليم موقع مع البائع الأول ترسل نسخة منه إلى البنك.
يلتزم المستأجر بعدم العدول عن استئجار الأصول المنقولة من البنك لأي سبب كان و كل عدول عن الاستئجار من قبل المستأجر يمكن أن يؤدي إلى تطبيق أحكام المادة **14** أدناه إذا رأى البنك ذلك.
بموجب التوكيل المنصوص عليه في التمهيد أعلاه فإن المستأجر مسؤول عن مطابقة الأصول المنقولة للمواصفات أو صلاحيتها للاستعمال ويتحمل تبعات أي خلل بهذا الشأن بإعتباره متعديا أو مقصرا في آداء الوكالة كما يتحمل ايضا بصفة عامة كل نزاع قد ينشأ بخصوص الأصول المنقولة مع البائع الأول أو مع أي جهة كانت.
في حالة نشوب أي نزاع مع البائع الأول أو أي جهة أخرى فإن المستأجر مفوض بالتصرف وإتخاذ الإجراءات اللازمة في هذا الشأن .

المادة الخامسة: المطابقة

في حالة ما إذا ظهر من تفتيش المستأجر لبعض أو كل الأصول المنقولة عدم مطابقة هذه الأخيرة للخصائص المتفق عليها مع البائع الأول ، يجب عليه أن يخبر بذلك البنك وذلك بإرسال نسخة من الإشعار المكتوب الموجه إلى البائع الأول بحالات عدم المطابقة المكتشفة.

المادة السادسة :الملكية

تبقى ملكية الأصول المنقولة للبنك كاملة خلال مدة هذا العقد إلى غاية تسديد المستأجر لكل أقساط الإيجار المنصوص عليها في جدول التسديد الملحق بهذا العقد و حصول المستأجر من البنك على إبراء بذلك.

المادة السابعة:واجبات المستأجر

خلال كل مدة هذا العقد، يلتزم المستأجر بالمحافظة على الأصول المنقولة طبقا للقواعد الشرعية و لأحكام القوانين و الأعراف و التنظيمات المعمول بها حاليا و مستقبلا وفقا للمتطلبات المهنية و الاحترافية و التكفل بالصيانة الدورية لها.
كما يلتزم المستأجر خلال مدة سريان هذا العقد باستعمال الأصول المنقولة طبقا للغاية التي استأجرت من أجلها و الحفاظ عليها بحرص الرجل المحترف.
ويلتزم على وجه الخصوص بأجراء الإصلاحات التي يتبين أنها ضرورية أثناء تنفيذ هذا العقد، حتى و لو تعلق الأمر بأضرار ناجمة عن حادث ما مع احترام المقاييس والنظم المعمول بها وكذا إخضاع الأصول المنقولة للمراقبة القانونية أو التنظيمية.

المادة الثامنة: التأمين على الأخطار

1- يوكل المستأجر بتامين الأصول المنقولة و تجديد التامين طيلة مدة الإيجار ضد كافة الأخطار على نفقة البنك و لفائدته..
وفي هذا الإطار يجب أن :
- تنص عقود التامين أو ملحقاتها على التزام المؤمنين على أن يدفعوا للبنك أي تعويض ناجم عن حادث سبب خسارة لكل الأصول المنقولة أو جزء منها .
غير أنه في حالة ما إذا كانت الأضرار بسيطة الأهمية وبعد معاينة الخبير التابع للمؤمن و الذي يقر بإمكانية إصلاح الضرر ، فعلى المستأجر أن يعيد تهيئة الأصول المنقولة للاستعمال على أن يقوم البنك بإعادة دفع كل تعويض قبضه من المؤمن بهذا الخصوص إلى المستأجر بعد استظهار بيان بالإصلاح الذي تم في حدود ما تحمله المستأجر من نفقات في هذا الشأن.

- - ينص عقد التأمين أنه في حالة ما إذا بادر المؤمنون أو أحد منهم بإبطال أو إلغاء هذه التأمينات أو بعض منها، أو بتعديل الضمانات بكيفية قد تمس بمصالح البنك فان البنك لا يواجه بهذا الإبطال أو الإلغاء أو التعديل إلا بعد مضي خمسة عشر (15) يوما بعد إبلاغ البنك برسالة مضمنة مرفقة ببيان استلام من طرف المؤمن أو المؤمنين المعنيين و يلتزم المستأجر باكتتاب تأمين جديد أو إضافي لفائدة البنك يغطي كافة المخاطر الناتجة عن الإبطال أو الإلغاء أو التعديل المذكور.

- ينص عقد التأمين على أنه لا يمكن إجراء أي أبطال أو إلغاء أو تعديل قد يضر بمصالح البنك بطلب من المستأجر قبل الحصول على إذن كتابي مسبق من البنك و ذلك ما دام المستأجر مرتبط بالتزامات اتجاه البنك.

2- يجب على المستأجر أن يوجه إلى البنك شهادات يسلمها المؤمنون تؤكد للبنك على أن التأمينات المنصوص عليها بالألفاظ الواردة في هذه الفقرة قد تم اكتتابها من قبل المستأجر و ذلك خلال الثمانية أيام التي تلي تاريخ تسلم المستأجر للمنقول أو جزء منه.

3- يلتزم المستأجر بتنفيذ كل التعهدات المنصوص عليها في هذه المادة التي تستوجبها التأمينات و أن يقدم كل المستندات للبنك متى طلب منه ذلك.

4- في حالة عدم تنفيذ المستأجر التزاماته المنصوص عليها في هذه المادة يمكن للبنك وفق ما يرتئيه ، أن يفسخ العقد في إطار الشروط المنصوص عليها في المادة 14 الآتي

المادة التاسعة:إخطار البنك بالحوادث

يجب على المستأجر أن يعلم البنك على جناح السرعة بأي حادث خطير قد يطرأ على الأصول المنقولة أو جزء منها مع الإشارة إلى تاريخ، مكان وظروف الحادث و كذا طبيعة الأضرار التي تعرضت لها الأصول المنقولة أو الجزء المتضرر منها و حجم هذه الأضرار.

المادة العاشرة : مسؤولية المستأجر المدنية وغيرها

يتحمل المستأجر وحده مسؤولية الأضرار الجسدية أو المادية التي يتعرض لها الغير بسبب استخدام الأصول المنقولة أو جزء منها و يضمن البنك من أي رجوع للغير عليه.

يلتزم المستأجر بالإبقاء على التأمينات الواردة في هذه المادة سارية المفعول و بأن تنفذ بحرص و على نفقاته الخاصة كل الالتزامات التي تنبثق عن هذه التأمينات أثناء مدة سريان هذا العقد و خاصة فيما يتعلق بالدفع المنتظم لأقساط التأمين، و عليه أن يقدم كل المستندات عند أول طلب من البنك.

كما يجب أن تنص التأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة على مسؤولية المؤمنين في إعلام البنك في حالة ما إذا توقف المستأجر عن دفع لأقساط التأمين أو في حال فسخ هذه التأمينات.

إذا ما لم ينفذ المستأجر أحد الالتزامات الخاصة بالتأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة يمكن للبنك وفق ما يرتئيه أما أن يفسخ عقد الاعتماد الايجاري حسب الشروط المتضمنة في المادة 14 الآتي ذكرها أو يكتتب بمبادرته الشخصية التأمينات التي لم يكتتبها المستأجر علي نفقة هذا الأخير.

المادة الحادية عشرة: إحالة الحقوق إلى الغير

يمكن للبنك أثناء سريان هذا العقد أن يقوم بإحالة حقوقه المترتبة عن هذا العقد إلى الغير. في هذه الحالة على هذا الغير المحال إليه أن يلتزم بمواصلة تنفيذ هذا العقد بنفس الشروط المنصوص عليها فيه.

لا يسمح للمستأجر أن يتصرف في الأصول المنقولة ببيع أو رهن أو إيجار من الباطن أو غير ذلك ولا أن يقوم بتحويل العقد إلى شخص ثالث دون موافقة مكتوبة من البنك.

زيادة علي ذلك في حالة تدخل شخص ثالث دائن للبنك أو دائن للمستأجر بدعوى مطالبة على كل الأصول المنقولة أو جزء منها عن طريق المعارضة أو الحجز، يجب على المستأجر أن يحتج ضد هذه الادعاءات و أن يبلغ البنك حالا حتى يحافظ علي مصالحه. و إذا تم الحجز رغم ذلك ، فإن المستأجر بالخيار بين أن يدفع في الآجال المحددة الإيجارات المستحقة الباقية أو

ان يعيد الأصول المنقولة الى البنك. و عليه أن يتحمل كل النفقات و التكاليف المستحقة بصدد إجراء " رفع اليد " و يكون مسؤولا عن أي ضرر ناتج عن خطأ أو تأخير في إعلام البنك. ولا يمكن تجنب هذا الالتزام بالدفع إلا في الحالة الاستثنائية التي يتبين بموجبها أن الشخص الثالث يتدخل بوصفه دائن للبنك.

المادة الثانية عشرة: بدل الإيجار وما يلحق من رسوم وضرائب وغيرها

يلتزم المستأجر بتسديد بدل الايجار حسب المبلغ و الأقساط و الآجال المنصوص عليها في جدول التسديد المرفق بهذا العقد والذي يعد جزء لا يتجزأ منه، كما يلتزم المستأجر بدفع الإيجارات المستحقة عند حلول أجل استحقاقها وفقا لجدول التسديد وفي موطن البنك الموضح في مقدمة هذا العقد.

وفي حالة تأخر المستأجر عن سداد أي قسط من الأقساط في أجله تحل باقي الأقساط و تصبح جميعها حالة الأداء.

كما يترتب عن هذا التأخير تسديد المستأجر لغرامة تأخير حسب النسبة المنصوص عليها في الشروط المصرفية.

كل رسم أو ضريبة أو أي حق آخر مستحق بالجزائر قد يتعلق بالإيجارات كما هي محددة أعلاه تقع على عاتق المستأجر وحده بما فيها الغرامات أو العقوبات المستحقة علي الرسوم والضرائب أو الحقوق الأخرى المذكورة أعلاه.

في حالة الدفع المسبق لأقساط الإيجار غير المستحقة بعد, وفي حالة موافقة البنك على ذلك , يتم مراجعة المبلغ الإجمالي للإيجار تبعا لذلك .

كما يمكن مراجعة أقساط الإيجار سنويا وفق تغير الشروط المصرفية العامة المعمول بها لدى البنك ، و للمستأجر الحق في التسديد المسبق للإيجارات المتبقية على عاتقه وفق جدول التسديد الأصلي قبل المراجعة المذكورة أعلاه. .

كل أقساط الإيجار المدفوعة من قبل المستأجر بما فيها الدفعة المسبقة تعتبر ملكا للبنك و لا يحق للمستأجر المطالبة بها حتى في حالة فسخ عقد الإيجار في الحالات المنصوص عليها في المادة 14 أدناه .

يسمح المستأجر للبنك صراحة بأن يقتطع من أي حساب مفتوح باسمه المبالغ المستحقة للبنك بموجب هذا العقد.

كما يلتزم المستأجر باكتتاب سندات أو سفاتج لأمر البنك بقيمة الإيجارات المستحقة.

المـــادة الثالثة عشرة: تحديد أقساط الإيجار

تم احتساب و تقدير أقساط الإيجار وفقا للمعطيات التي قدمها المستأجر حول ثمن و شروط بيع الأصول المنقولة و آجال التسليم و تاريخ دفع التسبيقة وكذا ,عند الاقتضاء ,سعر صرف عملة الدفع عند تسديد كل قسط .

في حالة تعديل أحد هذه العناصر، يتم تسوية أقساط الإيجار بالزيادة أو النقصان، وفقا للمبلغ النهائي المدفوع إلى البائع الأول و كذا الضرائب ، العمولات و الإتاوات و غرامات التأخير و أرباح أو خسائر الصرف والمصاريف الأخرى التي يكون قد أنفقها البنك من جراء هذا التعديل خاصة إذا تعلق الأمر بتأخر في التسليم.

المادة الرابعة عشرة :فسخ العقد

يتم فسخ هذا العقد و يحق للبنك حينئذ استرجاع الأصول المنقولة و التصرف فيها إما بالبيع أو الإيجار أو غير ذلك في الحالات الآتية :

– في حالة وقوع المستأجر في توقف عن الدفع وكذا حالة التسوية القضائية أو تصفية الممتلكات أو توقف النشاط .

- في حالة عدم دفع أي قسط إيجار أو عمولة أو مصاريف أو نفقات تابعة مستحقة للبنك أو ضرائب او رسوم بموجب هذا العقد وذلك بعد 15 يوما بداية من تاريخ استحقاق الإيجار المذكور و العمولة و المصاريف أو النفقات التابعة و ذلك بعد إرسال إنذار بالفاكس و / أو رسالة مضمنة مع أشعار بالاستلام أو مبلغة عن طريق محضر قضائي .

- في حالة عدم احترام أحد الالتزامات الأخرى المكتتبة من قبل المستأجر مع / أو من قبل الضامن حسب نصوص هذا العقد أو الضمان إلا إذا تم تداركه ذلك في أجل لا يتعدى 15 يوما منذ إرسال الرسالة مضمنة مع أشعار بالاستلام.

– في حالة وقوع حادث قد يمس بصلاحية الضمان الذي أصدره الضامن إلا إذا قدم للبنك بديلا عن هذا الضمان و الذي يكون مقبولا حسب تقدير البنك.

- في حالة عدم تمكن البنك لأي سبب ما من أخذ رهن عقاري من الدرجة الأولى على الممتلكات المخصصة من المستأجر كضمان لتسديد التمويل محل هذا العقد، أو سبق و أن خصصت هذه الممتلكات لفائدة بائع أو أي دائن أخر.

- في حالة البيع الودي أو القضائي للممتلكات المخصصة من طرف المستأجر كضمان ، و كذلك في حالة إيجارها أو تخصيصها كحصة في شركة تحت أي شكل كان دون اذن مسبق من البنك .

- في حالة تحويل المستأجر لكل أو جزء من عملياته المالية الناتجة عن النشاط ذي صلة باستغلال العتاد محل الاعتماد الايجاري إلى مؤسسة مالية أخرى غير بنك البركة الجزائري.

– في حالة وفاة المستأجر إذا كان شخصا طبيعيا، يمكن للورثة الاستفادة من أحكام هذا العقد بشرط أن يكونوا قادرين حسب تقدير البنك غير القابل للمراجعة أو المنازعة على احترام وأداء التزامات النترتبة عليهم بموجب هذا العقد.

كما يحق لهم تملك الأصولة المنقولة مقابل التسديد المسبق لأقساط الإيجار بموجب احكام المادة 12 اعلاه.

- في حالة فسخ عقد شراء الأصول المنقولة من البائع الأول لأي سبب من الأسباب و خاصة إذا تعلق الأمر بعطب أو عيوب خفية تضر بكامل الأصول المنقولة أو جزء منها.

– و بصفة عامة في كل الحالات الواردة في القانون.

- و يترتب على فسخ عقد الاعتماد الايجاري ما يلي :

* يكون المستأجر ملزم بتسديد أقساط الإيجار المستحقة على مواصلة إنتفاعه بالأصول المنقولة بعد فسخ عقد الإيجار.

*إذا كان الفسخ ناتج عن إخلال المستأجر بإلتزاماته المنصوص عليها في هذا العقد يحق للبنك مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه من جراء هذا الفسخ.

* لا يحق للمستأجر أن يحتج بأي حال من الأحوال على قيمة ثمن بيع أو ايجار الأصول المنقولة المسترجعة من قبل البنك و لا على المصاريف التي التزم بها هذا الأخير و تحملها بصدد البيع أو الإيجار.

المادة الخامسة عشرة : البيانات والضمانات

يلتزم المستأجر أن يقدم للبنك البيانات و الضمانات التالية:

– يسمح القانون الأساسي و/أو الهيكل التنظيمي لممثل العميل بإبرام هذا العقد .

- يلتزم المستأجر بصفة قطعية دون قيد أو شرط بالالتزامات المكتتبة أو التي سيتم اكتتابها بموجب هذا العقد و كل التصرفات المرتبطة به .

- لقد تم الحصول على كافة التراخيص الإدارية لإمضاء و تنفيذ هذا العقد لاسيما بالنظر إلي التشريع و التنظيم الساري المفعول.

-في حالة قيام البنك بإجراء قضائي بصدد نزاع متعلق بهذا العقد لا يمكن طلب أية حصانة قضائية أو تنفيذية لغرض الاعتراض علي حجز الأموال سواء من قبل المستأجر أو باسمه .

-يلتزم المستأجر طيلة مدة هذا العقد ب :

- تنفيذ التزاماته التعاقدية و كل التصرفات المرتبطة بها في آجالها و لاسيما ؛

-الحصول علي جميع التراخيص الضرورية لتنفيذ التزامات هذا العقد و العمل علي بقاء سريانها.

- الامتناع عن تعديل أي عقد أو تصرف متعلق بهذا العقد بدون الموافقة المسبقة للبنك.

- احترام كافة الالتزامات المنصوص عليها في عقد شراء الأصول المنقولة من البائع الأول.

– إبرام عقد صيانة على الأصول المنقولة مع شركة صيانة مؤهلة و الإبقاء على سريانه.

تبقي التصريحات و الضمانات المذكورة في هذه المادة سارية المفعول طيلة مدة هذا العقد .

المادة السادسة عشرة: حق الرجوع

يخول المستأجر بمباشرة الإجراءات القانونية وغيرها في حالة نشوب كل نزاع مع البائع.

يخول البنك للمستأجر كل الحقوق و الرجوعات التي يحق له التمسك بها ضد البائع الأول علي سبيل الضمان القانوني أو التعاقدي التي ترتبط عادة بملكية الأصول المنقولة .

المادة السابعة عشرة : الإطار القانوني والشرعي

يخضع هذا العقد بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحة إلى القانون الجزائري لاسيما أحكام الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري و المرسوم التنفيذي رقم 92/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن كيفيات شهر عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة.

المادة الثامنة عشرة:الضمانات

ضمانا لتسديد أقساط الإيجار، النفقات و المصاريف الأخرى و بصفة عامة كل الالتزامات المنصوص عليها في هذا العقد يلتزم المستأجر بتخصيص كل الضمانات العينية و / أو الشخصية التي يطلبها البنك.

المادة التاسعة عشرة : المصاريف والحقوق

اتفق الطرفان أن تكون كل المصاريف، الحقوق و الأتعاب بما فيها و في حالة اضطرار البنك الى دفعها في إطار نزاع محتمل ، أتعاب المحامين و المحضرين القضائيين و محافظي البيع بالمزاد ومصاريف تقييم الضمانات العينية المخصصة او المقترحة وكذا مصاريف الإجراءات التي قد يتخذها البنك لتحصيل مبلغ الإيجارات الخاصة بهذا العقد أو المترتبة عنه حالا ومستقبلا على عاتق المستأجر وحده الذي يوافق على ذلك صراحة وذلك بأن يدفعها مباشرة أو باقتطاعها من حسابه أو حساباته المفتوحة لدى البنك.

المادة عشرون : الوثائق المرتبطة بالعقد

تعتبر مرفقات العقد و ملحقاته وأي مستندات أخرى يتفق عليها الطرفان، كتابيا جزءا لا يتجزأ من هذا العقد و مكملا له.

المادة الواحدة وعشرون : الموطن

لتنفيذ هذا العقد، اختار الطرفان موطنا لهما العناوين المذكورة في التمهيد أعلاه.

المادة الثانية وعشرون : النزاعات

كل خلاف متعلق بتفسير أو تنفيذ هذا العقد يرفع إلى المحكمة التي يقع المقر الرئيسي للبنك في دائرة اختصاصها، دون أن يمنع ذلك المؤجر من إمكانية اللجوء إلى أية محكمة أخرى يملك في دائرة اختصاصها المستأجر أصولا.

يتخلى المستأجر صراحة أمام المحاكم عن التمسك بأي امتياز بالحصانة القضائية أو التنفيذية الذي قد يمكنه الاستفادة منه.

المادة الثالثة وعشرون : عدد النسخ

حرر هذا العقد من خمس نسخ أصلية موقعة من الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية و القانونية .

حرر ب.................. في ....

العميل **البنـــــــــــك**



عقد تأجير عقاري منتهي بتمليك الأفراد

الشروط العامة

بين :

1-بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها خمسمائة مليون دينار جزائري (10.000.000.000 دج) خاضعة لأحكام الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 و المتعلق بقانون النقد و القرض ، المسجلة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم .... و الكائن مقره الرئيسي بحي بوثلجة هويدف فيلا رقم 1 بن عكنون الجزائر ينوب عنه في الإمضاء عن هذا العقد السيد .... صفته مدير ....

و يشار إليه فيما بعد بالمؤجر (الطرف الأول)

2-السيد (ة) ....المولود(ة) بتاريخ ../../.... و الساكن(ة) بـ..............

و يشار إليها فيما بعد بالمستأجر (الطرف الثاني)

تمهيد :

بالإشارة إلى الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك البركة الجزائري الملحق بهذا العقد والتي تعتبر الإطار المرجعي للشروط المالية لهذا العقد .

بالإشارة إلى اتفاقية الحساب الجاري الموقعة بين البنك والعميل عند فتح الحساب والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد .

حيث أن البنك وكل المستأجر بموجب التوكيل المرفق بهذا العقد الذي يعتبر جزءا لا يتجزأ منه بمهمة إختيار المورد و التفاوض معه و تقرير مواصفات وكميات و خصائص وثمن شراء العقار المراد إستئجاره وتوقيع العقد التجاري المتعلق بذلك وتسلم الأصول المنقولة نيابة عن البنك.

بالإشارة إلى أحكام النظام الأساسي لبنك البركة الجزائري و التزامه بالتعامل وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية و نظرا إلي رغبة الطرف الثاني في استئجار العقار المبينة أوصافه في طلب التمويل على سبيل البيع بالإيجار، تم الاتفاق على ما يلي :

المادة الأولى : موضوع الإيجار

يؤجر بموجب هذا العقد بنك البركة الجزائري للسيد............ العقار المذكور في طلب التمويل المرفق بهذا العقد الذي يعد جزءا لا يتجزأ منه.

المادة الثانية : التعيين

العقار موضوع العقد مبين أوصافه في طلب التمويل على سبيل البيع بالإيجار المتهي بالتمليك

المادة الثالثة : مدة الإيجار

حددت مدة الإيجار بـــ .... شهر، تسري إبتداءا من تاريخ ....

في حالة تسلم العقار قبل هذا التاريخ فإن أحكام هذا العقد يبدأ سريانها إبتداءا من التاريخ الفعلي لتسلم العقار ويستحق البنك مقابل إنتفاع المستأجر بالعقار بدل ايجار على أساس مدة الإنتفاع قبل تاريخ سريان هذا العقد.

و تسرى ابتداء من هذا التاريخ و خلال كل مدة الايجار كافة حقوق وواجبات البنك و المستأجر المترتبة بموجب هذا العقد و تصبح نافذة قانونا

المادة الرابعة : مبلغ الإيجار

حدد المبلغ الإجمالي للإيجار حسب جدول التسديد المرفق بهذا العقد والذي يعد جزء لا يتجزأ منه، كما يلتزم المستأجر بدفع الإيجارات المستحقة وفقا لجدول التسديد في نهاية كل فترة تأجيرية وفي موطن المؤجر الموضح في مقدمة هذا العقد

هذا وفي حالة تأخر المستأجر عن سداد أي قسط من الأقساط في موعده تحل باقي الأقساط و تصبح جميعا واجبة الأداء.

كل رسم أو ضريبة أو أي حق آخر مستحق بالجزائر قد يتعلق بالإيجارات كما هي محددة أعلاه تقع على عاتق المستأجر وحده بما فيها الغرامات أو العقوبات المستحقة علي الرسوم والضرائب أو الحقوق الأخرى المذكورة أعلاه.

في حالة الدفع المسبق لأقساط الإيجار غير المستحقة بعد, وفي حالة موافقة المؤجر على ذلك،يتم مراجعة المبلغ الإجمالي للإيجار تبعا لذلك.

كما يمكن مراجعة أقساط الإيجار سنويا وفق ارتفاع معدل إعادة الخصم المطبق من قبل بنك الجزائر و ذلك بإضافة الفارق بين المعدل الساري في السنة المنقضية و المعدل الساري على الفترة التأجيرية الجديدة إلى نسبة العائد المستند إليه في تحديد أقساط الإيجار بتاريخ توقيع هذا العقد ، و للعميل الحق في هذه الحالة التسديد المسبق للإيجارات المتبقية على عاتقه .

يسمح المستأجر للمؤجر صراحة بأن يخصم من أي حساب مفتوح باسمه المبالغ المستحقة بموجب هذا العقد.

كما يلتزم المستأجر باكتتاب سندات أو كمبيالات لأمر المؤجر بقيمة الإيجارات المستحقة.

المادة الخامسة : التأمين على العين المؤجرة

– يوكل المستأجر بتامين العين المؤجرة و تجديد التامين طيلة مدة الإيجار ضد كافة الأخطار على نفقة البنك و لفائدته..

المادة السادسة : تسلم العين المؤجرة

يعتبر المستأجر أنه تسلم العين المؤجرة بحالة صالحة للاستعمال و تبقى في حوزته طوال مدة الإيجار المتفق عليها و تحت مسؤوليته .

المادة السابعة : ملكية العين المؤجرة

تعتبر العين المؤجرة المبينة في التعيين أعلاه ملكا للمؤجر و لا يمكن تحويل ملكيتها إلى المستأجر إلا بعد سداد القسط الأخير من الإيجار مضاف إليه كافة المصاريف و الملحقات ولاسيما تلك المتعلقة بنقل ملكية العين المؤجرة حيث يحق للمستأجر حينئذ امتلاك العين المؤجرة مباشرة .

المادة الثامنة : الصيانة و المعاينة

يلتزم المستأجر باستخدام العين المؤجرة في الغرض الذي خصصت من أجله و صيانتها الصيانة العادية و الدورية اللازمة و أي إصلاحات طارئة و التي يتوقف عليها بقاء منافع العين المؤجرة طبقا للقواعد الشرعية و القوانين و الأعراف و التنظيمات المعمول بها حاليا و مستقبليا.

المادة التاسعة: مسؤولية العميل المدنية وغيرها

يتحمل العميل وحده مسؤولية الأضرار الجسدية أو المادية التي يتعرض لها الغير من جراء العقار أو جزء منه و يضمن البنك من اي رجوع للغير عليه.

يلتزم العميل بتأمين مسؤوليته المدنية على نفقته المطلقة في حالة الأضرار الجسدية أو المادية التي قد يسببها العقار أو جزء منه على مستخدميه أو الغير و لو كان الضرر ناجما عن خطأ في البناء أو حادث عرضي أو قوة قاهرة. كما يلتزم العميل بأن يبين في تأمينه أو تأميناته المكتتبة لغرض ضمان مسؤوليته المدنية أن المؤمنين يتخلون عن أي رجوع علي البنك.

يلتزم العميل بالإبقاء على التأمينات الواردة في هذه المادة سارية المفعول و بأن تنفذ بحرص و على نفقاته الخاصة كل الالتزامات التي تنبثق عن هذه التأمينات أثناء مدة سريان هذا العقد و خاصة فيما يتعلق بالدفع المنتظم للعلاوات، و عليه أن يقدم كل المستندات عند أول طلب من البنك.

كما يجب أن تنص التأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة على مسؤولية المؤمنين في إعلام البنك في حالة ما إذا توقف العميل عن دفع العلاوات أو في حال فسخ هذه التأمينات.

إذا ما لم ينفذ العميل أحد الالتزامات الخاصة بالتأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة يمكن للبنك وفق ما يرتئيه أما أن يفسخ عقد التأجير حسب الشروط المتضمنة في المادة 13 الآتي ذكرها أو يكتتب بمبادرته الشخصية التأمينات التي لم يكتتبها العميل علي نفقة هذا الأخير.

المادة العاشرة : حق الرجوع

يخول المستاجر بمباشرة الإجراءات القانونية و غيرها في حالة نشوب أي نزاع مع البائع الأول

يخول البنك للعميل كل الحقوق و الرجوعات التي يحق له التمسك بها ضد البائع الأول علي سبيل الضمان القانوني أو التعاقدي التي ترتبط عادة بملكية العقار.

المادة الحادية عشر : الإطار القانوني والشرعي

يخضع هذا العقد بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحة ، إلى القانون الجزائري .

المادة الثانية عشر : المصروفات و الرسوم

اتفق الطرفان أن تكون كل المصاريف، الحقوق و الأتعاب بما فيها أتعاب الموثقين و المحامين و المحضرين القضائيين و محافظي البيع بالمزاد و الوكيل العقاري وغيرهم وكذا مصاريف الإجراءات التي قد يتخذها البنك لتحصيل مبلغ التمويل الخاصة بهذا العقد أو المترتبة عنه حالا ومستقبلا على عاتق العميل وحده الذي يوافق على ذلك صراحة ودلك بأن يدفعها مباشرة أو بخصمها من حسابه أو حساباته المفتوحة لدى البنك.

المادة الثالثة عشر : فسخ العقد

يتم فسخ هذا العقد و يحق للبنك حينئذ استرجاع العقار و التصرف فيه إما بالبيع أو الإيجار أو غير ذلك في الحالات الآتية :

- في حالة عدم دفع أي قسط من أقساط الإيجار كما هي مبينة في جدول التسديد المرفق بهذا العقد أو أي عمولة أو مصاريف أو نفقات تابعة مستحقة للمؤجر بموجب هذا العقد وذلك بعد خمسة عشر يوم بداية من تاريخ استحقاق الإيجار المذكور و العمولة و المصاريف أو النفقات التابعة و ذلك بعد إرسال إنذار بالفاكس و / أو رسالة مسجلة مع أشعار بالاستلام.

-في حالة وقوع المستأجر في توقف عن الدفع وكذا حالة التسوية القضائية أو تصفية الممتلكات أو توقف النشاط.

– في حالة إخلال المستأجر بأي التزام أو بند أو شرط من الالتزامات أو البنود أو الشروط المنصوص عليها في هذا العقد .

- في حالة وقوع حادث قد يمس بصلاحية الضمان الذي أصدره الضامن إلا إذا قدم للمؤجر بديلا عن هذا الضمان و الذي يكون مقبولا حسب تقدير المؤجر.

- في حالة عدم تمكن المؤجر لأي سبب ما من أخذ رهن عقاري من الدرجة الأولى على الممتلكات المخصصة من المستأجر كضمان لتسديد التمويل محل هذا العقد، أو سبق و أن خصصت هذه الممتلكات لفائدة بائع أو أي دائن أخر.

- في حالة تحويل المستأجر لكل أو جزء من عملياته المالية الناتجة عن النشاط موضوع هذا التمويل إلى مؤسسة مالية أخرى غير بنك البركة الجزائري.

– في حالة وفاة المستأجر إذا كان شخصا طبيعيا، يمكن للورثة الاستفادة من أحكام هذا العقد بشرط أن يكونوا قادرين حسب تقدير البنك غير القابل للمراجعة أو المنازعة على احترام وأداء الإلتزامات المترتبة عليهم بموجب هذا العقد.

كما يحق لهم تملك العين المؤجرة مقابل التسديد المسبق لأقساط الإيجار .د

في حالة فسخ عقد شراء العقار من البائع الأول لأي سبب من الأسباب و خاصة إذا تعلق الأمر بعطب أو عيوب خفية تضر بكامل العقار أو جزء منه.

-في حالة ما إذا فسخ هذا العقد، فان أثار هذا الفسخ مهما كان سببه هي تلك المنصوص عليها في هذه الفقرة.

و بالتالي علاوة على أقساط الإيجار المستحقة و غير المدفوعة مع كل ملحقاتها فان العميل يكون مدينا بمبلغ مالي معادل لمجموع أقساط الإيجار التي لم يحن وقت استحقاقها عند تاريخ فسخ العقد و كذا كل الحقوق و العمولات و المصاريف و غرامات التأخير و الرسوم المستحقة .

لا يمكن للعميل أن يحتج بأي حال من الأحوال على قيمة ثمن البيع أو الإيجار الجديد قبل البنك و لا على المصاريف التي التزم بها هذا الأخير و تحملها بصدد البيع أو الإيجار .

– أي تأخير في دفع التعويضات أو جزئ منها – المقررة في الفقرات السابقة ينجر عنها حصول البنك على غرامة التأخير تحتسب بداية من تاريخ استحقاق التعويضات وفق الشروط السارية المفعول لدى البنك.

و بصفة عامة في كل الحالات الواردة في القانون.

و يصرح العميل بعدم الاعتراض بأي وجه كان على استرجاع البنك للعقار في الحالات المنصوص عليها أعلاه.

-و بصفة عامة في كل الحالات الواردة في القانون.

المادة الرابعة العاشرة : النزاعات

كل خلاف متعلق بتفسير أو تنفيذ هذا العقد يرفع إلى المحكمة التي يقع المقر الرئيسي للبنك في دائرة اختصاصها، دون أن يمنع ذلك المؤجر من إمكانية اللجوء إلى أية محكمة أخرى يملك في دائرة اختصاصها المستأجر أصولا.

يتخلى المستأجر صراحة أمام المحاكم عن التمسك بأي امتياز بالحصانة القضائية أو التنفيذية الذي قد يمكنه الاستفادة منه.

المادة الخامسة عشر : الموطن المختار

من اجل تنفيذ هذا العقد اختار كل واحد من الطرفين سكنه المذكور أعلاه موطنا معتادا له يمكن مخاطبته فيه عند الاقتضاء.

المادة السادسة عشر : مرفقات العقد

تعتبر مرفقات العقد و/أو أي مستندات أخرى يتفق عليها الطرفان فيما بعد جزء لا يتجزأ من هذا العقد و مكملا له .

المادة السابعة عشر : التصريح

صرح الطرفان المؤجر و المستأجر بالإطلاع على كل بنود و شروط العقد الذي حرر من ثلاثة نسخ أصلية أمضاه الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية و القانونية .

حرر ب....... في ../../....

المؤجر **المستأجر**


المراجــع

المراجــــــع

أولا ــ مراجع باللغة العربية:

I– المراجع الفقهية:

1. **بن قدامة المقدسي**، المغني، الجزء الخامس، دار عالم الكتاب، الرياض 1997.
2. **الترميذي**، الجامع الصحيح، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر.
3. **الشربيني محمد الخطيب**، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، دار الفكر، لبنان 1415 هجري.
4. **القرافي**، الذخيرة، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان 1994.
5. **الإمام مالك**، الموطأ، الطبعة الأولى، دار الغد الجديد، مصر 2008.

II ــ المراجع القانونية:

أ– المراجع العامة:

1. **الأهواني حسام الدين كمال**، التأمينات الشخصية والعينية في القانون الكويتي، الجزء الأول، مؤسسة دار الكويت، الكويت 1986.
2. **أبو السعود رمضان**، العقود المسماة عقد الإيجار، الأحكام العامة في الإيجار، منشأة المعارف، مصر1996.
3. **أبو سريع كمال محمد**، القانون التجاري في العقود التجارية، دار النهضة العربية، مصر 1998.
4. **أنطاكي رزق الله**، الحسابات والإعتمادات المصرفية، دار الفكر، سوريا 1969.
5. **البدراوي عبد المنعم**، الوجيز في عقد البيع، مكتبة السيد عبد الله وهب، دون بلد نشر 1970.
6. **براهيمي محمد**، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر2007.
7. **بلعيور عبد الكريم**، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986.
8. **بن الشيخ آث ملويا الحسين**، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة الجزائر 2008.
9. **بودالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر 2007.

10. **راشد راشد**، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.
11. **رشدي مصطفى شيحة**، الاقتصاد النقدي والمصرفي، الدار الجامعية، القاهرة، مصر 1985.
12. **الروبي محمد**، عقود التشييد والإستغلال والبناء والتسليم، دار النهضة العربية، مصر 2004.
13. **الحجازي عبيد علي**، مصادر التمويل، دار النهضة العربية، مصر 2006.
14. **حمدي أحمد سعد أحمد**، الإلتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية لمصر 1999.
15. **حمدي أحمد سعد أحمد**، البيع الإيجاري، دراسة قانونية مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر 2007.
16. **خميس خضر**، العقود المدنية الكبيرة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر 1984.
17. **دياب أسعد**، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الغربية الأوروبية، طبعة ثالثة، دار إقرأ، لبنان 1983.
18. **زكي محمود جمال الدين**، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، دون دار نشر طبعة 1967.
19. **زكي محمود جمال الدين**، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، الطبعة الثانية، مصر 1979.
20. **زواوي فريدة**، الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000.
21. **زروقي ليلى وحمدي باشا عمر**، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر2002.
22. **زهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر 2009.
23. **السعدي محمد صبري**، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول التأمينات الشخصية، عقد الكفالة، دار الهدى، الجزائر 1999.
24. **السعدي محمد صبري**، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر 2008.
25. **سلطان أنور**، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة في القانونين المصري واللبناني، لبنان 1980.
26. **السنهوري عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، لبنان 1964.

27. **السنهوري عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع عل الملكية، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، لبنان 1964.

28. **السنهوري عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل والمقاولة والوكالة و الوديعة الحراسة، دار إحياء التراث العربي، لبنان 1964.

29. **السنهوري عبد الرزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، لبنان 1964.

30. **سوار محمد وحيد**، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، المطبعة الجديدة، سوريا 1977.

31. **سيد أحمد إبراهيمي**، عقد الكفالة فقها وقضاءا، دار الكتب القانونية، مصر2005.

32. **طه مصطفى كمال**، القانون التجاري والأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، لبنان 1989.

33. **العبيدي علي هادي**، شرح أحكام عقدي البيع والإيجار، المركز القومي للنشر، الأردن2000.

34. **العريني فريد محمد**، القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعية، دون بلد نشر، 2000.

35. **علي علي سليمان**، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير المسؤولية عن فعل الأشياء التعويض، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر.

36. **عبد الحي حجازي**، نظرية الالتزامات، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1982.

37. **عمران محمد علي**، الوجيز في عقد البيع، دون دار نشر، 2004.

38. **عوض جمال الدين**، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، مصر 1989.

39. **غانم إسماعيل**، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، مصر1958.

40. **فوده عبد الحكم**، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر1993.

41. **فوزي محمد سامي**، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون بلد نشر1999 .

42. **فيلالي علي**، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2008.

43. **القزويني شاكر**، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر1992.

44. **القيلوبي سميحة**، الموجز في أحكام الإفلاس، دار النهضة العربية، مصر2003.

45. **الكيلاني محمد**، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، دون بلد نشر 2004.

46. **محمود جلال حمزة**، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية1988.

47. **مرقس سليمان**، شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة عقد البيع، طبعة رابعة، عالم الكتاب، مصر 1980.

48. **معوض فؤاد محمد**، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2004.

49. **منصور محمد حسين**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون سنة نشر.

50. **محمد الألفي**، الفضالة في الفقه الإسلامي، دون دار نشر، الجزائر 1981.

51. **ناصيف إلياس**، العقود الدولية عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2008.

52. **نبيل إبراهيم سعد**، نحو قانون خاص بالائتمان، الائتمان بوجه عام، عناصر قانون الائتمان، محاولة لتأصيل قانون لفكرة الائتمان، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر1991.

53. **نجم محمد صبحي**، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية 2000.

54. **يوسف فتيحة**، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، دون تاريخ نشر.

55. **يونس علي حسن**، الإفلاس، دار الفكر العربي، دون بلد نشر 1959.

ب ـــ المراجع المتخصصة:

1. **أبو الحسن مجاهد أسامة**، عقد التأجير التمويلي أحكامه الخاصة مقارنا بعقد الإيجار، دون دار نشر، دون بلد نشر 1999.

2. **أبو الليل إبراهيم**، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت 1984.

3. **البدالي نجوى إبراهيم**، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005.

4. **برادة غزيول أحمد**، عقد الائتمان الإيجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء، دار نشر المعرفة، المغرب 1997.
5. **الحجازي عبيد علي**، مصادر التمويل، دار النهضة العربية، مصر 2006.
6. **حامد ماهر محمد**، النظام القانوني لعقود البوت، دار النهضة العربية، مصر2005.
7. **حمد عبد العزيز**، التأجير التمويلي ومداخله المالية، المحاسبية، التشريعية والاقتصادية، مكتبة الإشعاع الفنية، الطبعة الأولى، مصر2000.
8. **دويدار هاني محمد**، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الطبعة الثانية، مصر 1998.
9. **دويدار هاني**، الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، دراسة في ضوء القانون رقم 59 لسنة 95 ولائحته التنفيذية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 1999.
10. **السيد قرمان عبد الرحمان**، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة، مصر 1999.
11. **سيد قاسم علي**، الجوانب القانونية لعقد الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، مصر 1990.
12. **الشوابكه عايد محمد**، عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن 2011.
13. **فايز نعيم رضوان**، عقد التأجير التمويلي، الطبعة الثانية، دون دار نشر، مصر 1997.
14. **الصغير حسام الدين**، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر1994.
15. **القلاب مسلم بسام هلال**، التأجير التمويلي دراسة مقارنة، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن 2009.
16. **هشام خالد**، البنوك الإسلامية الدولية وعقودها مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي، دار الفكر الجامعي، مصر2005.
17. **الماحي حسين**، آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الإئتماني، دار أم القرى، مصر 1995.
18. **ناصيف إلياس**، العقود الدولية عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2008.
19. **ناصف حسام الدين فتحي**، التأجير التمويلي الدولي للمنقول، دراسة للقواعد المادية وقواعد تنازع القوانين الواجبة التطبيق على التأجير التمويلي الدولي في القوانين الوطنية واتفاقية أوتاوا الموقعة 1998، دار النهضة العربية، مصر2003.

20. **نبيل إبراهيم سعد،** نحو قانون خاص بالائتمان، الائتمان بوجه عام، عناصر قانون الائتمان، محاولة لتأصيل قانون لفكرة الائتمان، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر1991.

III– المقالات القانونية:

1. **الأحدب عبد الحميد،**"عقد الليزنغ"، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002.
2. **أبوليل إبراهيم الدسوقي،** "تطورات حديثة في التأجير التمويلي"، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002.
3. **دويدار هاني،** "عقد الإيجار التمويلي في ظل القانون اللبناني"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي، العدد الأول، لبنان 2005.
4. **حسن الشاذلي،** "الإيجار المنتهي بالتمليك"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الرياض السعودية 1409 هجري.
5. **حمد الله محمد حمد الله،** "النظام القانوني لإيجار الطائرة، دراسة مقارنة"، مجلة الدراسات القانونية جامعة أسيوط، العدد الثاني والعشرون، 1999.
6. **خوني رابح و حساني رقية،** "واقع وأفاق التأجير التمويلي وأهميته كبديل تمويلي لقطاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة"، مداخلة ألقيت في الملتقى الدولي حول متطلبات تأهيل المؤسسات الصغير والمتوسطة في الدول العربية، المنعقد بجامعة الشلف يومي 17 و 18 أفريل 2006.
7. **الخويلدي عبد الستار،** "الإيجار المالي في فقه القضاء المقارن"، مجلة القضاء والتشريع العدد التاسع، سنة 1999.
8. **الرشود أحمد حمد ويوسف محمد العلي،** "التأجير التمويلي (الإيجارة) وتطبيقاته في القانون الكويتي"، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002.
9. **الشهاوي إبراهيم،** "الامتياز بنظام البوت وأهميته الاقتصادية"، مجلة مصر المعاصرة 2004، العدد 476 السنة الخامسة والتسعون.

10. **عبد الجابر السيد طه**، "النماذج الاقتصادية المعاصرة لتمويل التأجير التمويلي من منظور إسلامي"، مجلة صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، السنة الثانية العدد الخامس، سنة 1998.

11. **عليه البشير**، "الضمانات القانونية في الإيجار المالي"، مداخلة ألقيت في ملتقى حول الإيجار المالي تقنية اقتراض متطورة وإشكاليات مستحدثة، دورة دراسية نظمها المعهد الأعلى للقضاء بالاشتراك مع محكمة الاستئناف بتونس يوم 21 جوان 2003 تونس.

12. **الفضلي جعفر محمد جواد**، "عقد الإيجار التمويلي"، مجلة القانون المقارن العراقية، العدد 25 لسنة 1999.

13. **القاضي حبيب مزهر**، "الطبيعة القانونية لعقد الليزنغ"، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002.

14. **مدكور محمد سامي**، "الاشتراط لمصلحة الغير"، مجلة القانون والإقتصاد، القاهرة 1989 العدد23.

15. **ناصيف إلياس**، "عقد الليزنغ أو التأجير التمويلي وتدخل المصارف في تنفيذه"، مجلة إتحاد المصارف العربية، لبنان 1999.

IV- الرسائل الجامعية:

1. **أعراب بلقاسم**، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1984.
2. **جوالي جميلة**، الائتمان الايجاري للمنقولات في المغرب، رسالة لنيل الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكدال، المغرب 1998.
3. **عجة الجيلالي**، المظاهر القانونية للإصلاحات الإقتصادية في الجزائر، رسالة دكتوراه، الجزائر 2005.
4. **حامق ذهبية**، الفضالة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر 1987.
5. **حسني عبد الكريم**، نظرية السبب، مقارنة بين القانون الوضعي وما يشبهه في الفقه الإسلامي، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977.
6. **زواوي فريدة** ، مبدأ نسبية أثر العقد، رسالة دكتوراه، الجزائر 1992.
7. **زواوي محمود**، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر 1987.
8. **لعشب محفوظ بن حامد**، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1988.

V- المجلات والندوات:

1. **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، المملكة العربية السعودية، السنة 1406-1409 هجري.
2. **الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي 1413**هجري، الطبعة الأولى، منشورات بيت التمويل الكويتي، الكويت، دون سنة نشر.

VI- المواقع الإلكترونية:

1. **القرة داغي علي**، التأصيل الفقهي للإجارة المنتهية بالتمليك، بحث منشور على موقعه: www.alkoradaghi.com ، تاريخ التحميل 2010/10/20 الساعة العاشرة صباحاً
2. **رياض فخري**، التوازن العقدي بين الواقع والنظرية في عقد التأجير التمويلي، مقالة منشورة على صفحات الانترنيت على الموقع التالي: www.droitmarocana.blogspot.com ، تاريخ التحميل 2010/12/15 الساعة الثانية زوالاً.

VII- نصوص قانونية:

أ ـــ نصوص تشريعية:

1. أمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سيتمبر1975 يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78، الصادرة في 3 سبتمبر 1975.
2. الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر، عدد 101 الصادرة في 19 ديسمبر1975.
3. الأمر رقم 75- 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 92، الصادرة في 18 نوفمبر 1975.
4. الأمر رقم 96- 09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالإعتماد الإيجاري، ج ر، عدد 03، الصادرة في 14 يناير 1996.
5. الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر، عدد 52، الصادرة في 27 أوت 2003.
6. قانون رقم 05- 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 والمتضمن القانون المدني يعدل ويتمم الأمر 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم ، ج ر، عدد44، الصادرة 26 جوان 2005.
7. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21 الصادرة في 23 أبريل 2008.

8. القانون رقم 09–03 المؤرخ في 08 مارس 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد15، لسنة 2009.

ب – نصوص تنظيمية:

1. المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، عدد 30، المؤرخ في 13أفريل1976.
2. النظام رقم 92- 05 المؤرخ في 22 مارس 1992 المتعلق بالشروط الواجب توافرها في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها، ج ر، عدد 35، لسنة 1992 .
3. النظام رقم 96- 06 المؤرخ في 03 يوليو 1996 الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري و شروط اعتمادها، ج ر، عدد66، الصادر 1996/11/03.
4. المرسوم التنفيذي رقم 06-90 المؤرخ في 26 فبراير 2006 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ج ر، عدد 10، لسنة 2006.
5. المرسوم التنفيذي رقم 06-91 المؤرخ في 20 فبراير 2006 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، ج ر، عدد 10، لسنة 2006.

ثانيا: مراجع باللغة الفرنسية:

Ouvrages en langue française

1. Alain Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5éme édition, Montchrestien, juillet 2001.
2. Amour ben Halima, pratique de techniques bancaires, référence à l'Algérie, édition Dahleb Algérie, 1996
3. Aubry et RAU, Droit civil français, 6 édition par Esmein, Tomes, éditions Techniques, Paris, 1947.
4. BERLIOZ. (G), le contrat d'adhésion, 2ème éd, LGDJ 1976.
5. BEY et GAVALDA, Le crédit-bail mobilier Que sais-je? PUF. Paris, 1981.
6. Calon, La location des biens d'équipement ou leasing 1964.
7. Claude Chanpaud, Le Leasing, p.c.1965, docte, 1954.

8. Journal Officiel, 13mai 1980, p1202.Dalloz 1980 Législation 200.
9. L. Aynes, Les garanties du financement, Rapport de Synthèse présenté aux 82 congres des notaires 1980.
10. MARIOGIOVANOLI, le crédit-bail (leasing) en Europe développement et nature juridique, Librairies Techniques, Paris, 1980.
11. N. Terki, les obligations, Alger 1982
12. P.M.D. Chambon et M. Alter, initiation aux techniques contractuelles récentes, Cours de Doctorat, d'Ain Chamas et Mansourah, 1985.
13. RIPERT et ROBLOT : Taité élémentaire de droit commercial LGDJ, paris Tome 2, 9eme édition 1981.
14. STARCK, droit civil, obligation, librairies techniques, paris 1972.
15. CODE CIVIL Française, Prat éditions 2011.

الفهــــرس

الفهــرس